" عقد الكفالـــة "

" فى القانون المدنى المصرى "

تأليـــف

دكتـــور / مصطفى عبد الجـــواد حجـــازى

أستاذ القانون المدنى المساعد

كلية حقوق بنىسويف - جامعة القاهرة

الطبعة الأولـــى

٢٠٠٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

" قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِى بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا ءَاتَوهُ مَوثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَانَقُولُ وَكِيلٌ "

الآية ٦٦ - سورة يوسف .

" قالوا نفقد صُواع الملك ولمن جاء به حِملُ بعيرٍ وأنا به زعيم "

الآية ٧٢ - سورة يوسف .

مقدمـــــة عامـــة

تكتسب نظرية التأمينات أهمية كبرى فى الوقت الحالى فى ظـــل تنوع العلاقات الاقتصادية وازدياد حجمها، ويرتبـــط ازدهـــار النشـــاط التجـــارى بعنصر الائتمان، حيث يلعب هذا الأخير دوراً بالغ الأهمية فى المعاملات المالية والحياة الإقتصادية بصفة عامة.

ويعنى الائتمان الثقة التى يمنحها الدائـــن للمديـــن، وبمقتضـــاه يحصل الشخص على قيمة معينة (نقود أو بضـــائع أو خدمـــات) مـــع الالتزام بردها أو رد قيمتها خلال مدة معينة، ولايمنح الدائن هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه، سواء كانت تلك الثقة تستمد من شخص المديـــن ومعاملاته أو كانت راجعة إلى ما يملكه من أموال، أو ما يقدمه للدائـــن من ضمانات تكفل الوفاء بحقه[١].

وأمام عجز وسائل حماية الضمان العام للمدين وعـــدم كفايتهـــا لضمان الوفاء بحق الدائن[٢]، لجأ الدائنون إلى البحث عن وسائل أكثـــر

---

(١) د/ محمد حسين منصور : النظرية العامة للائتمان - دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية - ٢٠٠١ - ص ٥.

(٢) حول فكرة الضمان العام ووسائل حمايتها، وعدم كفاية هذه الوســـائل : راجـــع د/ محمد حسين منصور : ص ٧ : ص ١٠. وتوجد مراكـــز متمـــيزة لبعـــض الدائنين كالمقاصة والحق فى الحبس والدعوى المباشـــرة : راجـــع : ص ١٠ : ص١٢.

فعالية لضمان استيفاء حقوقهم كاملة، وقد استجاب المشرع لذلك حيث قرر بعض التأمينات الأخرى لحماية حق الدائن وتشجيعاً للائتمان، لما له من أهمية فى ازدهار المعاملات الاقتصادية بصفة عامة، والتجارية بصفة خاصة .

والتأمينات التى قررها المشرع المصرى تنقسم إلى نوعين :
الأول : التأمينات العينية : وتقوم على فكرة تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بحق الدائن، وهذه التأمينات تعد من قبيل الحقوق العينية التبعية، وتشمل : الرهن الرسمى، والرهن الحيازى، وحق الاختصاص، وأخيراً حقوق الامتياز[1]. وتتميز هذه التأمينات بأنها تمنح الدائن أولوية (حق التقدم) فى استيفاء دينه من ثمن بيع المال – إذا بيع جبراً عن المدين –، كما تمنحه حق تتبع المال تحت أى يد ينتقل إليها (حق التتبع)، فضلاً عن أن التأمين العينى يتيح للمالك – المدين أو غيره – التصرف فى المال محل التأمين، ولاخشية فى ذلك على حقوق الدائن، لأن المال ينتقل إلى المتصرف إليه محملا بالتأمين العينى[2].

---

(١) وقد نظمها المشرع فى المواد من ١٠٣٠ إلى ١١٤٩ من القانون المدنى المصرى.

(٢) راجع : د/ همام محمد محمود زهران : التأمينات الشخصية والعينية – التأمينات العينية – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ١٩٩٧ – ص ٢١.

أما التأمينات الشخصية فتقوم على فكرة مؤداها ضـم ذمـة أو أكثر إلى ذمة المدين فى المسئولية عن سداد الدين[١]. فيوجـد شـخص يسأل مع المدين عن سداد الدين .

فهناك حالات يكون فيها الشخص مسئولاً مـع المديـن بصفـة أصلية، وتشمل : التضامن بين المدينين، وعدم قابلية الالتزام للانقسـام، والإنابة الناقصة، وهذه الحالات تدخل ضمن دراسة أحكام الالتزام[٢].

---

(١) كانت التأمينات الشخصية أسبق فى الظهور من التأمينات العينية، وكـان ذلـك لعدة أسباب أهمها : ١- الصلة القوية التى كانت تربط بين أفراد الأسرة. ٢- ضآلة قيمة المنقولات. ٣- وجود نظام الملكية المشتركة للعقارات كأثر لملكية الأسـرة. ٤- اعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة فى الحيازة، كل ذلك كان سبباً فـى صعوبة ظهور التأمينات العينية فى بادئ الأمر .

غير أن استقرار نظام الملكية العقارية، وظهور الملكية الفرديـة، وتزايـد قيمة المنقولات، وظهور نظم الشهر، أدى إلى ظهور وانتشار نظم التأمينات العينية .

راجع : د/ محمد حسين منصور : ص ١٥.

(٢) راجع حول هذه المسائل : د/ محمد حسين منصور : المرجـع السـابق - ص ١٣، وحول التضامن بالتفصيل راجـع : المستشـار : أنـور العمروسـى : التضامن، والتضامم، والكفالة فى القانون المدنـى - دار الفكـر الجـامعى - الاسكندريـة - ٢٠٠٣، وحول الإنابة الناقصة بـالتفصيل انظـر : د/ نبيـل ابراهيم سعد: التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعيـة) الاسـكندرية ٢٠٠٠ ص ١٧٠ : ص ١٨٤.

ومن ثم تنحصر التأمينات الشخصية بالمعنى الفنى الدقيـــق فـــى الكفالة والتى لايكون الكفيل فيها مسئولاً مع المديـــن إلا بصفـــة تبعيـــة، فضلاً عن ظهور بعض التأمينات الشخصية المســـتحدثة فـــى الوســـط التجارى كالضمان بمجرد الطلب، وخطابات النوايا الصادرة عن الغـــير فى مجال الائتمان فى بعض الفروض(١). وتقتصر دراســـتنا فـــى هـــذا المؤلف على الكفالة(٢).

التطور التاريخى للكفالة وتنظيمها تشريعياً :

عرف القانون الرومانى نظام الكفالـــة، وكـــانت ترتكـــز علـــى

---

(١) راجع حول الضمان بمجرد الطلب : د/ نبيل ابراهيم سعد : نفس المرجع السابق – ص ١٨٥، وما بعدها. والأحرى أن تسمى الدفع بمجرد الطلب. –

ولمعرفة ماهية خطابات النوايا الصادرة عن الغير فـــى مجـــال الائتمـــان وطبيعتها القانونية وطبيعة الالتزامات الناشئة عنها راجع مؤلفنا : خطابـــات النوايـــا الصادرة عن الغير فى مجال الإئتمان – دار الفكر الجامعى – الاسكندرية – – عام ٢٠٠٠م،

حيث أوضحنا فى هذا المؤلف أن هذه الخطابات تتنوع وتتعدد صياغتهـــا فـــى الواقـــع العملى وتبدأ من مجرد خطاب توصية إلى أن يصل الأمر إلـــى حـــد نشوء التزام مماثل لالتزام الكفيل تماما (كفالات مستترة)، بل قد ينتج عنهـــا ضمان بمجرد الطلب. ويطلق البعض على هذه الخطابات " خطابات الثقة ".

(٢) توجد ضمانات أخرى لحماية الائتمان مثل التأمين. ونقل الملكية علـــى ســـبيل الضمـــان، وشرط المنع من التصرف، وضمانات البيع الائتمـــانى، وغيرهـــا. انظر فى ذلك : د/ محمد حسين منصور : ص ١٧ وما بعدها.

التضامن العائلي الذى يمثل حجر الزاوية فى التنظيم الاجتماعى آنـذاك، غير أن مركز الكفيل لم يكن يختلف عن مركز المدين المتضامن وذلـك فى أول عهود القانون الرومانى، حيث كان الكفيل مديناً متضامناً مـع المدين الأصلى، وكان للدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين، ثم بـدأت الكفالة تستقل شيئاً فشيئاً عن نظام التضامن بين المدينين، فظهرت لهـا صفة التبعية، وأعطى الكفيل الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم فى حالة تعدد الكفلاء، غير أن ظهور نظام الكفالة التضامنية أدى فـى الواقـع إلـى مساعدة الدائن على التخلص من مثل هذه الدفوع[١].

وفى القانون الفرنسى القديم، لم يلق الكفيـل المعاملـة القاسـية والبدائية التى كان يعامل بها من قبل، وأعطى له حق التمسـك بـالدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم، كما أصبح من حقه الحلول محل الدائـن فـى رجوعه على المدين إذا قام الكفيل بسداد الدين للدائن، وقد قنـن قـانون نابليون هذه القواعد حيث ضمنها المشرع الفرنسى نصوص المواد مـن ٢٠١١ إلى ٢٠٤٣[٢].

وظلت الكفالة منظوراً إليها باعتبارها خدمة مـن الأصدقـاء أو

---

(١) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٧، والمراجع المشار إليها بهوامش هذه الصفحـة.
وتجدر الاشارة إلى أن الكفيل فى الفقه الاسلامى يعتبر متضامنـا مـع المديـن الأصلى، راجع المادة / ٦٤٤ من مجلة الأحكام العدلية، وسنعود لها لاحقا .

(٢) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٨، د/ محمد حسين منصور : ص ٥٨.

الأقارب، فعقد الكفالة يعد من عقود التفضل[١]، فهى تبرعيـــة بطبيعتهــا وتخرج عن نطاق المعاملات الاقتصادية بالنسبة للكفيل، حيث لايســـعى إلى تحقيق أية مزايا شخصية، ولهذا السبب شغلت الكفالة مكاناً متواضعاً لدى فقهاء القرن التاسع عشر باعتبارهـــا مـــن بيـــن العقــود المدنيـــة الصغيرة[١].

إلا أنّ الكفالة قد تطورت تطوراً كبيراً خلال السنوات الأخـــيرة، فهى تعد أداة رئيسية فى الاقتصاد، ويرجع هذا التطور إلى عدة أســـباب أهمها [٢] :

١- تطور الائتمان فى الوقت الحاضر – بالنسبة للصناع أو التجـــار أو المستهلكين – والائتمان يستلزم التأمينات، وتتصـــدر الكفالـــة هـــذه التأمينات لأنها بسيطة فى تكوينها ولاتستلزم شكلاً معيناً ولاعلانيـــة بعينها، وهى قليلة التكاليف[٣].

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٨ ،

- Malaurie (ph) et Aynés (L.) : Droit Civil-les sûretés - 2 éd - N. 105 - P. 22.

(٢) راجع : د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٨ ، ص ٩، ومؤلف سيادته : نحو قـــانون خاص بالائتمان – منشأة المعارف بالاسكندرية – ١٩٩٠.

(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٨ ، ص ٩

٢- اهتمام المؤسسات المالية (البنوك وغيرها) بتقديم الكفالة للدائنين في مجالات الائتمان المختلفة، مما أدى إلى مصرفة الكفالة[١].

٣- ظهور الكفيل صاحب المصلحة، كقيام أحد البنوك بكفالة أحد عملائه في الحصول على ائتمان معين مقابل عمولة معينة .

وترتب على تطور الكفالة، أن حاول القضاء الفرنسي جاهداً حماية الكفيل بوسائل متعددة، وكذلك فعل المشرع الفرنسي في قانون أول مارس عام ١٩٨٤م، حيث أنشأ التزاماً بالتبصير على عاتق مؤسسات الائتمان، وحظر النزول عن حق الحلول في الدعاوى، وسارت القوانين اللاحقة على هذا النهج[٢].

وقد عرفت الشريعة الاسلامية الغراء نظام الكفالة، وقسمته إلى ثلاثة أنواع هي : كفالة النفس أو البدن، وكفالة العين، وكفالة الدين، وسنعود لهذه المسألة بالتفصيل عند تعريف الكفالة.

---

(1) - Malaurie et Aynés : op.cit - N. 106 - pp. 22,23.

(٢) ومنها قانون ٢٣ يونيو ١٩٨٩، وقانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والذى تمثلت حماية الكفيل فيه في الالتجاء إلى الشكلية من ناحية، والإعفاء من بعض الالتزامات من ناحية أخرى، وذلك بالنسبة للعمليات الائتمانية المنصوص عليها في قانوني ١٠ يناير ١٩٧٨، ١٣ يوليو ١٩٧٩، راجع : د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٩ . ص ١٠، ولنفس المؤلف : نحو قانون للإفلاس المدني - دار المعرفة الجامعية - الاسكندرية - ١٩٩١ - ص ١١٧ وما بعدها.

كما عرف القانون المدنى المصرى السابق نظام الكفالة، ونظمه فى الباب السابع من الكتاب الثالث الخاص بالعقود المدنية[١]، وجاء القانون المدنى الحالى بتنظيم أكثر تفصيلاً للكفالة، حيث نص عليها فى الباب الخامس من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة، وذلك فى المواد من ٧٧٢ إلى ٨٠١ من القانون المدنى المصرى، وقد احتفظ المشرع بوجه عام بالأحكام الواردة فى القانون السابق، وإن كان قد عدل فى بعضها، وأضاف إليها أحكاماً جديدة، وحسم بعض المسائل الخلافية[٢].

<u>خطة الدراسة :</u>

نقسم الحديث حول الكفالة إلى أربعة فصول على النحو التالى :

<u>الفصل الأول:</u> ماهية الكفالة .

<u>الفصل الثانى:</u> إبرام عقد الكفالة .

<u>الفصل الثالث:</u> آثار عقد الكفالة .

والله تعالى أسأل أن ينفع بهذا المؤلف ، إنه سبحانه نعم المولى ونعم النصير.

المؤلف

---

(١) ونظمتها المواد من ٤٩٥/٦٠٤ إلى ٥١١ / ٦٢٤ مدنى قديم.

(٢) راجع : د/ محمود جمال الدين زكى : التأمينات الشخصية والعينية - الطبعة الثالثة - مطابع دار الشعب - القاهرة - ١٩٧٨ - ص ٢٧، وهامش ١. وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - جـ ٥ - ص ٤١٨. ص ٤١٩.

الفصل الأول

"ماهية الكفالة"

نبدأ بتعريف الكفالة، وبيان أنواعها المختلفة، ثم خصائصها، وأخيراً تمييز الكفالة عما قد يختلط بها، وذلك من خلال ثلاثة مباحث على النحو التالى :

المبحث الأول : تعريف الكفالة وأنواعها .

المبحث الثانى : خصائص عقد الكفالة .

المبحث الثالث : تمييز الكفالة عما قد يتشابه معها .

المبحث الأول

"تعريف الكفالة وأنواعها"

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين فى أولهما تعريف الكفالة، ونخصص الثانى لبيان أنواعها .

المطلب الأول

" تعريف الكفالة "

عرفت الكفالة فى التقنين المدنى المصرى السابق بأنها : " عقــد به يلتزم إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذا الأخير لايؤديه[١].

غير أن هذا التعريف كان محلاً للنقد من جانب الفقــه القــانونى آنذاك وذلك لأنه : ١- لم يشر بوضوح إلى طرفى عقد الكفالة ٢- أنه ضيق فى مفهوم الكفالة حيث قصرها على بنى الانســـان، واســتبعد أن يكون الشخص المعنوى طرفاً فى عقد الكفالة، فضلاً عن أن التعريـــف المذكور قد يوحى باقتصار الكفالة على ضمان الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود[٢] .

وقد تجنب المشرع هذه الانتقادات، حيث عرف الكفالة فى المادة/ ٧٧٢ من القانون المدنى الحالى، قائلاً : " **الكفالة عقد بمقتضــاه يكفــل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام إذا لم يــف**

---

(١) وذلك فى نص المادة ٤٩٥/٦٠٤ مدنى قديم .

(٢) د/ محمد كامل مرسى : الموجز فى التأمينات - الطبعة الثانية - ١٩٤١ - فقرة ١٢، د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق - ص ٢٩.

به المدين نفسه"(١).

ويستفاد من هذا التعريف ما يلى :

١- أن الكفالة عقد يتم إبرامه بمجرد توافق إرادتى الدائن والكفيل دون حاجة إلى رضاء المدين، أى أنها عقد بين الدائن والكفيل فقط، فلا يكون المدين طرفاً فيه، بل إنها تنشأ حتى ولو لم يعلم بها المدين، أو رغم معارضته، لأنها لاتلزمه بشئ،(٢) إلا أن الكفالة تفترض وجود مدين ترد على دينه الكفالة .

٢- أن محل الكفالة تنفيذ التزام قائم فى ذمة المدين، أيا كان محل هذا الالتزام أو مصدره، فقد يكون التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو باعطاء شئ أو بتسليم مبلغاً من النقود ،(٣) وقد يكون مصدر

---

(١) وهذا التعريف يعاب عليه أنه ذكر المعرف فى صدره، إلا أنه قد تجنب هذا العيب بالافصاح الذى أورده بعد ذلك، راجع : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٣٠.

(٢) غير أن هذا القول لايؤخذ على إطلاقه، إذ أن هناك بعض الكفالات التى يسعى المدين إلى الحصول عليها بمقابل، ومن أمثلتها الكفالة المصرفية، وقد سبقت الإشارة إلى هذه الحالة .

(٣) فإذا كان محل الالتزام المكفول مبلغا من النقود وجب على الكفيل وفاء هذا المبلغ، أما إن كان محله عملا أو إمتناعا وجب على الكفيل أن يدفع ماعسى ان يحكم به على المدين كتعويض عن الاخلال بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل، راجع : أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس : الوافى فى شرح القانون المدنى - جـ ٣ - فى العقود المسماة - المجلد الثالث - عقد الكفالة - الطبعة الثالثة - ١٩٩٤ - ص ٧.

الالتزام المكفول العقد أو الفعل الضار أو القانون مباشرة[١].

٣- أن الكفيل قد يكون شخص طبيعي (إنسان) أو شخص معنوي، كما قد يكون المدين المكفول شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وكذلك الدائن.

٤- أن التزام الكفيل ليس معلقاً على شرط[٢]، وإنما هو بات ومنجز، كل ما هنالك أن عبارة " إذا لم يف به المدين نفسه " تعني أن التزام الكفيل له صفة تكميلية أو إحتياطية او تبعية، حيث يجب على الدائن الرجوع على المدين أولاً لأنه هو الملتزم الأصلي بسداد الدين.

---

(١) قضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك بأنه " لايوجد ما يمنع من أن يكفل شخص واحد تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد فى ذمة عاقديه كليهما، بأن يتعهد لكل منهما بأن يفى له بالتزام المتعاقد الآخر فى حالة تخلف هذا المدين عن الوفاء به، حيث ينعقد عقد الكفالة بين الكفيل وبين كل من المتعاقدين بوصف كل منهما دائناً للآخر بالالتزامات المترتبة له فى ذمته بمقتضى العقد الأصلى المبرم بينهما ".

نقض مدنى : ١٩٦٩/٤/١٧ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٠ - رقم ١٠٠ - ص ٦١٦.

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق - ص ٨، د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق - ص ٥٥.

وانظر فى نفس المعنى : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٥ - ص ٤٢١ : ص ٤٢٣.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يهتم بتعريف الكفالة، تاركاً ذلك للفقه القانونى، ولهذا بينت المادة / ٢٠١١ من القانون المدنى الفرنســـى جوهر الكفالة وماهية التزام الكفيل حيث نصت هذه المادة على أن : "من يكفل تنفيذ التزام، يلتزم تجاه الدائن بأن يفى بهذا الالتزام، إذا لم يف بـــه المدين نفسه ".

تعريف الكفالة فى الفقه الإسلامـــى :

يقصد بالكفالة فى الفقه الإسلامى " ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس "، ليكون المكفول به " إما نفس أو عين أو ديـــن، فالمضمون فى الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول، وفى الكفالة بالعين إما تسليمها إلى المكفول له أو ضمانها، وفى الكفالة بالدين أداؤه" (١).

---

(١) راجع : الأستاذ الشيخ : أحمد ابراهيم : الـــتزام التبرعـــات – مجلـــة القـــانون والإقتصاد (تصدر عن كلية الحقوق – جامعة القاهرة) – س ٣ – ع ٢ – فقرة ٦٠، ٦١.

– والكفالة مشروعة فى الكتاب والسنة، ومن ذلك ماورد فى سورة ســـيدنا يوسف عليه السلام، " قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيـــم" . اية ٦٦ من سورة يوسف . كما أن الرسول صلى الله عليـــه وسلم قال : " الزعيم غارم". وأقر (ص) كفالة أبى قتادة لدين على رجـــل مات وعليه ثلاثة دنانير " .

يتضح من هذا التعريف أن الفقه الاسلامى يوسع فـــى مفهـــوم الكفالة، حيث يجعل لها صوراً ثلاث هى : **١- كفالة شخصية :** حيـــث تضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين فى الوفاء بالدين. **٢- كفالة عينيـــة :** بتخصيص مال مملوك للكفيل لضمان الوفاء بالتزام المدين. **٣- كفالـــة الوجه أو البدن أو النفس :** حيث يلتزم الكفيل باحضار شخص مطلوب إحضاره سواء أمام القضاء أو للوفاء بالمال(١). وهذا النوع الأخير نـــادر الحدوث الآن فى ظل وجود سلطات الدولة.

ورغم أن الكفالة فى الفقه الاسلامى تنعقد بين الدائن والكفيل، إلا أن رضاء المدين يعد شرطاً ضرورياً لإمكان رجوع الكفيل عليـــه فـــى حالة قيام هذا الأخير بسداد الدين للدائن، حيث تقضى المادة / ٨٦٢ من مرشد الحيران بعدم جواز الرجوع على المدين من جـــانب الكفيـــل، إذا كانت الكفالة قد تمت دون علم أو موافقة المدين(٢).

وفضلاً عن ذلك فإن الكفيل – وفقاً لمـــا اســـتقر عليـــه الفقـــه الاسلامى – متضامن مع المدين الأصلى، فللدائن أن يرجع على أيهمـــا

---

(١) د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق - ص ٥٧.

(٢) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - جـــ ٥ - ص ٤٢٣ وما بعدها .

شاء، فلا يملك الكفيل الدفع بالتجريد[١].

معنى الكفالة فى الحياة العمليـــة :

ثمة معنى آخر للكفالة فى العمل، فتسمى كفالة أيضاً المبالغ التى يودعها شخص طرف آخر تأميناً لما قد ينشأ فى ذمة من ديون للمـــودع لديه، ومن أمثلةُ ذلك التأمينات التى يقدمها المحصلون والعمـــال لـــرب العمل ضماناً لما قد ينشأ فى ذمتهم من أموال لصالح رب العمل بمناسبة الأموال التى توجد فى أيديهم بحكم عملهم، كما يطلق لفظ الكفالة أيضـــا على المبالغ التى يودعها المتهم فى القضايا الجنائية خزانة المحكمة مقابل إطلاق سراحه مؤقتاً إلى أن تتم محاكمته[٢] .

وهناك كفالة يشترط قانون المرافعات المدنية والتجارية تقديمهـــا فى بعض الحالات ، ومن ذلك الكفالة التى يجب تقديمها عند تقديم الطعن

---

(١) فقد نصت المادة / ٦٤٤ من مجلة الأحكام العدلية على أن : " الطالب مخير فى المطالبة، إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبتـــه أحدهمـــا لاتسقط من مطالبته للآخر ، وبعد مطالبته أحدهمـــــا، لـــه أن يطـــالب الآخـــر ويطالبهما معا".

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٣ .

بالاستئناف(١)، وعند الطعن بالنقض(٢)، وكذلك الكفالة التى تقضى قواعد المرافعات بتقديمها فى بعض حالات النفاذ المعجل .

والواقع ، أن ماتقدم لايعد كفالة بالمعنى الفنى الدقيق، فبالنسبة للكفالة التى يودعها المحصلون والعمال وغيرهم، وكذا ما يودعه المتهمون مقابل إطلاق سراحهم، لاتعد كفالة بالمعنى الصحيح إلا إذا كانت المبالغ المودعة قد تم إيداعها من غير هؤلاء العمال أو المتهمين، أما ما يودعه هؤلاء من مالهم الشخصى فيعتبر مالاً مرهوناً منهم رهن حيازة تأميناً لالتزاماتهم الشخصية ولاتنطبق عليه قواعد الكفالة(٣). ونفس الأمر بالنسبة للكفالة التى يوجب قانون المرافعات تقديمها فى بعض الحالات حيث أنها أقرب إلى رهن الحيازة منها إلى الكفالة بالمعنى الدقيق(٤).

---

(١) مادة / ٢/٢٢١ من قانون المرافعات، ويقضى بمصادرة هذه الكفالة فى حالة رفض الاستئناف.

(٢) مادة / ٢٥٤ مرافعات، ويقضى بمصادرة الكفالة فى حالة رفض الطعن.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٣ ، د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى : أحكام عقد الكفالة – منشأة المعارف بالاسكندرية – ٢٠٠٢ – ص ١٦ .

(٤) د/ محمد حسين منصور : ص ٥٧.

المطلب الثانـــى

" أنــواع الكفالة "

يمكن تقسيم الكفالة بحسب مصدرها، وبحسب طبيعتها، وبحسب محلها، وذلك على النهج التالى :

أولاً : تقسيم الكفالة بحسب مصدرها

تنقسم الكفالة من حيث المصدر المنشئ لها إلى ثلاثة أنواع هى:

(أ) الكفالة الإتفاقية : وهى التى تنشأ نتيجة الـــتراضى والاتفــاق بيـــن المدين والدائن، حيث يلتزم المدين بتقديم كفيل للدائن يضمن دينه، وسواء تم الاتفاق قبل نشوء الدين فى ذمة المدين أو تم بعد ذلك[١].

ويعد من قبيل الكفالة الاتفاقية، الكفيل الذى يقدمه المدين للدائـــن من تلقاء نفسه، دون أن يكون ملتزما بذلك، حتى يحصل من الدائن على قرض جديد، أو يجدد القرض السابق[٢] .

وقد يتقدم الكفيل من تلقاء نفسه لضمان المديـــن، ويلـــتزم فـــى مواجهة الدائن حتى ولو لم يكن المدين عالماً بذلك، أو رغم معارضتـــه، حيث يكون مصدر الكفالة فى هذه الحالة الإرادة المنفردة للكفيل[٣].

---

(١) د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق – ص ٧٠.

(٢) نفس الاشارة.

(٣) نفس الاشارة .

(ب) الكفالة القانونية : وهى التى تنشأ نتيجة لوجود نص فـــى القـــانون يوجب تقديمها، ومن أمثلتها الكفالة التى يلتزم المنتفع بتقديمهـــــا لمـــالك الرقبـــة، إذا كان الانتفاع وارداً على منقول(١)، والكفالة التى يقدمها البائع للمشترى لتفادى لجوء الأخير إلى حبس الثمن بسبب ما يقـــع لـــه مـــن تعرض فى المبيع(٢). وكذلك الكفالة التى يوجب القـــانون تقديمهـــا فـــى حالات النفـــاذ المعجل فى المواد التجارية(٣). مـــع ملاحظـــة أن هـــذه الأمور لاتعد كفالة بالمعنى الصحيح، حتى وإن أطلق عليها لفظ " كفالة"، لأنها أقرب إلى رهن الحيازة منها إلى الكفالة، وهى لاتعد كذلك إلا إذا تم تقديمها بواسطة شخص آخر غير الملتزم، كما سبق القول(٤).

(ج) الكفالة القضائية : وهى التى يلتزم المدين بتقديمها بناءاً على حكـــم القاضى، أى التى يأمر القاضى بتقديمها فى الحالات التى تقتضى ذلك(٥).

ومن أمثلة ذلك، الكفالة التى قد تأمر بها المحكمة لصـــــالح مـــن يعارض من الشركاء فى المال الشائع إجراء تغييرات أساسية تخرج عن حدود الادارة المعتادة، وهدف الكفالة هنا ضمان الوفاء بما قد يستحق من

---

(١) مادة / ١/٩٩٢ مدنى مصرى.

(٢) مادة / ٢/٤٥٧ مدنى مصرى.

(٣) مادة / ٤٦٧ مرافعات .

(٤) انظر ما سبق : ص ٢٠.

(٥) د/ محمد حسين منصور : ص ٧١.

تعويضات[١].

ولاتعتبر الكفالة قضائية إلا إذا كانت للقاضى سلطة تقديرية فــى الحكم أو عدم الحكم بها، أما إذا صدر الحكم بها تطبيقاً لنــص قــانونى يجعلها وجوبية كانت الكفالة قانونية وليست قضائية[٢].

كما لاتعد الكفالة قضائية، إذا صدر الحكم بها إعمــالاً لاتفــاق الطرفين[٣].

تضامن الكفلاء فى الكفالة القانونية أو القضائية :

نص المشرع المصرى على تضامن الكفلاء فى الكفالة القانونية وكذلك فى الكفالة القضائية[٤]، وهذا بعكس الحال فى الكفالة الاتفاقية التى لايقــوم فيها التضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم إلا إذا تم الاتفاق على ذلك صراحة، لأن التضامن لايفترض، وإنما يكون بناءاً على اتفـــاق أو نص قانونى، اللهم إلا إذا كانت الكفالة تجارية حيث أن التضامن يفترض فى المسائل التجارية[٥].

---

(١) مادة / ٢/٨٢٩ مدنى مصرى.
(٢) د/ محمد حسين منصور ص ٧٢.
(٣) نفس الإشارة .
(٤) مادة / ٧٩٥ مدنى مصرى.
(٥) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٢.

ويرجع السبب فى تشدد المشـــرع بالنســبة للكفالــة القانونيــة والقضائيـــة بجعل الكفلاء دائماً – وفى جميع الحالات – متضـــامنون، إلى أن الدائن كان جديراً بالحماية فى الحالات التى يتدخل فيها المشرع ، أو القاضى لالزام المدين بتقديم كفالة، فرغبة من المشرع فى تأكيد هـــذه الحماية وزيادة فعاليتها قرر التضامن بين الكفلاء فى هذه الحالات، بحيث يستطيع الدائن الرجوع على أى من الكفلاء بكل الدين، مما يضمن لـــه استيفاء حقه كاملاً ويتفادى خطر إعسار أو إفلاس المدين[١].

وقد اختلف الفقه حول نطاق هذا التضامن القانونى، وهل يكـــون بين المدين والكفيل فقط، أم أنه تضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم ؟

ذهب البعض إلى أن التضامن المذكـــور يكـــون بيـــن المديـــن والكفلاء وليس بين الكفلاء بعضهم البعض، ذلك لأن التضامن قد تقـــرر على سبيل الاستثناء، ومن ثم لايجوز التوســـع فيـــه، وأيضـــا لايجـــوز افتراضه، ويجب تفسيره تفسيراً ضيقاً، ونتيجة لذلك ينقسم الديـــن بيـــن الكفلاء والمدين كل بنسبة نصيبه، ولايستطيع الدائن الرجوع على كـــل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الدين المكفول[٢].

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٣.

(٢) ذكره : د/ محمد حسين منصور : ص ٧٣.

إلا أن الرأى الغالب فى الفقه يذهب إلى أن النص على التضامن قد ورد بصيغة عامة، حيث استخدم المشرع لفظ " الكفلاء " بصيغة الجمع مما يفيد العموم والشمول، فضلاً عن أن الأعمال التحضيرية للنص تؤيد ذلك، وبالتالى يشمل النص التضامن بين الكفلاء فى حالة تعددهم، وفيما بينهم وبين المدين(١).

ومن جانبنا نؤيد هذا الرأى الأخير، لقوة أسانيده، وتمشيه مع عمومية النص .

ثانياً : تقسيم الكفالة بحسب طبيعتها :

تنقسم الكفالة بحسب طبيعة العقد المبرم بين الكفيل والدائن إلى كفالة مدنية وأخرى تجارية، ويترتب على التمييز بين نوعى الكفالة نفس النتائج التى تترتب على التمييز بين العمل المدنى والعمل التجارى(٢).

(أ) الطبيعة المدنية للكفالة : تعد الكفالة كقاعدة عامة من العقود المدنية، لأنها فى الأصل من عقود التبرع، إذ لايحصل الكفيل على مقابل، وذلك بصرف النظر عن علاقة الكفيل بالمدين، حيث لايعد الأخير طرفاً فى العقد(٣).

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) وأهمها ما يتعلق بالاختصاص القضائى وسائل الإثبات والمهلة القضائية وشهر الافلاس وصفة التاجر .

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٤.

وبناءاً على ذلك، تعد الكفالة مدنية حتى ولو كان الكفيل يضمن دين تجارى ، بل حتى ولو كان لدى الكفيل الأهلية التجارية ويقوم بممارسة نشاط تجارى، طالما أن الكفالة قد تمت على سبيل التبرع[١]، إذ التبرع يتنافى مع طبيعة وهدف التجارة.

(ب) الطبيعة التجارية للكفالة : تعد الكفالة عملاً تجارياً فى عدة حالات استثنائية أهمها ما يلى :

١- إذا كانت متعلقة بضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو بتظهير هذه الأوراق[٢] .

وهذه الحالة تضم فرضين هما :

الفرض الأول : الضمان الاحتياطى للورقة التجارية : أى ضمان الالتزام الناشئ عن الورقة التجارية سواء بالكتابة على نفس الورقة أو على ورقة مستقلة. ورغم عموم النص إلا أنه يجب التحفظ بشأن السند الإذنى، إذ لاتعد الكفالة الواردة على هذا السند تجارية إلا إذا كان السند نفسه تجارياً، وهو يعد كذلك إذا حرره تاجر، أو تم تحريره بمناسبة عمل تجارى ولو لم يكن محرره تاجرا[٣].

---

(١) راجع المادة / ١/٧٧٩ مدنى مصرى، نقض مدنى : ١٩٨١/٣/٢ مجموعة أحكام النقض - س ٣٢ - جـ ١ - ص ٧٣٧.

(٢) مادة / ٢/٧٧٩ مدنى.

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٥.

الفرض الثانى : تظهير الورقة التجارية على سبيل الضمان : والحقيقة أن هذا التظهير يعد رهناً للورقة لضمان دين آخر، أى أن الأمر يتعلق برهن الدين وهو صورة من صور الرهن الحيازى، ومن ثم فإن الأمر لايتعلق بكفالة، ولهذا ينتقد البعض ما ذهب إليه المشرع المصرى من النص على هذا الفرض، لأن المشرع لم يكن بحاجة إلى بحث الصفة التجارية لأنه لاتوجد كفالة أصلاً حتى توصف بأنها مدنية أو تجارية[١].

٢- إذا اتخذت شكل الالتزام الصرفى بالتوقيع على ورقة تجارية تظهيراً أو ضماناً احتياطياً وفقاً لقواعد القانون التجارى[٢].

٣- إذا كان الكفيل تاجراً وأبرمها بقصد الربح أو لتحقيق مصلحة تجارية، ومن أمثلة ذلك كفالة البنك لأحد عملائه فى مقابل عمولة[٣].

٤- إذا أمكن إعتبارها عملاً تجارياً بالتبعية، كما فى حالة كفالة التاجر لزميله بقصد تحقيق مصلحة تتعلق بتجارته هو، كأن يحصل منه على مقابل نقدى أو عينى، أو أن يكون تدخله لكفالته بهدف حماية ائتمانه والاحتفاظ به كعميل[٤].

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) نفس الإشارة .

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٥.

(٤) نفس الإشارة.

ثالثاً : أنواع الكفالة بحسب محلها

تنقسم الكفالة بالنظر إلى محلها إلى نوعين هما :

(أ) الكفالة الشخصية : وتسمى التأمين الشخصى (وهى محل دراستنا)، وفيها يلتزم الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين، وهى تـــرد على ذمة المدين المالية، أى على جميع أمواله دون تخصيص.

والكفالة الشخصية نوعان :

١ – الكفالة البسيطة : وهى التى لايوجد فيها تضامن، وهى الأصل.

٢ – الكفالة التضامنية : حيث يلتزم الكفيل فيها بوفاء الدين بالتضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين، وسبقت الإشارة إلى أن الكفالة القانونية وكذا الكفالة القضائية تعتبران كفالة تضامنية بنص القانون(١).

ويترتب على التضامن بين الكفيل والمدين أن الدائن يكـــون لـــه الخيار فى المطالبة إن شاء طالب المدين، وإن شـــاء طـــالب الكفيـــل، ومطالبته أحدهما لاتسقط حقه فى مطالبة الآخر، وله أن يطالبهما معـــا، فليس للكفيل المتضامن التمسك بالدفع بالتجريد(٢). وقد يمتـــد التضـــامن ليشمل العلاقة بين الكفلاء أنفسهم فى حالة تعددهم.

---

(١) انظر ما سبق : ص ٢٣.

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٨ ، ص ٧٩.

وثمة ملاحظة هامة تتمثل فى أن الكفيل المتضامن لايصبح مديناً متضامناً بل يحتفظ بصفته ككفيل، ويظل التزامه تبعياً، فضلاً عن حقه فى التمسك بكل ما يتمسك به الكفيل العادى من دفوع متعلقة بالدين، كالدفع ببطلان التزام المدين، وإن كان لايستطيع فقط التمسك بالدفع بالتجريد(١).

(ب) الكفالة العينية : تعد الكفالة العينية من قبيل التأمينات العينية، حيث تتمثل فى قيام الكفيل بتقديم مالاً (عقار أو منقول) من أمواله لضمان الوفاء بالتزام فى ذمة شخص آخر، ويسمى بالكفيل العينى فى هذه الحالة، حيث لايضمن الوفاء بالدين إلا فى حدود قيمة المال الذى خصصه لذلك.

وتتميز الكفالة العينية بأنها تجعل الدائن فى مركز خاص ممتاز يجنبه مخاطر إعسار المدين والكفيل معاً، نظراً لما تمنحه للدائن من ميزتى التقدم والتتبع(٢).

وتنتهى الكفالة العينية إذا تخلى الكفيل عن العين أو فقد حيازتها لأى سبب(٣).

---

(١) راجع : نقض مدنى : ١٩٧٦/٣/١٥ - مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٣٢٧.

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ٧٧ .

(٣) نفس الإشارة .

المبحث الثانـــى

" خصائص عقد الكفالة "

هناك عدة خصائص لعقد الكفالة، بعضها يميزه عن غيره مـــن العقود وكثير منها تشترك فيها الكفالة مع سائر العقود.

وأهم خصائص عقد الكفالة ما يلى :

أولاً : عقد رضائـــى :

عقد الكفالة من العقود الرضائية، حيث يبرم بمجرد التراضى بين الدائن والكفيل، دون حاجة لاشتراط شكل خاص. ولايؤثر فى ذلـك مـا اشترطه المشرع المصرى من وجوب أن تكون الكفالة ثابتة بالكتابـة[١]، حيث يجمع الفقه على أن الكتابة هنا تتعلق بالاثبات وليست ركنـاً فـى الانعقاد، ومن ثم يجوز إثبات الكفالة بما يقوم مقـام الكتابـة كـالاقرار واليمين، بل يجوز إثباتها بالبينة فى الحالات التى يجوز فيها ذلك[٢].

الوضع فى فرنسا : نظرا لخطورة التزام الكفيل، فقد اشـترط المشـرع الفرنسى فى المادة / ٢٠١٥ من القانون المدنى ضرورة أن يكون رضاء

---

(١) مادة / ٧٧٣ مدنى مصرى.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ١١.

الكفيل صريحاً، كما تطلبت المادة / ١٣٢٦ (بعد تعديلها بقانون ١٢ يوليو ١٩٨٠) بياناً مكتوباً فى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وذهبت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن الجمع بين النصين يدل على أن اشتراط البيان المكتوب لايتعلق فقط بمجرد الاثبات، وإنما له غاية معينة وهى حماية مصلحة الكفيل، مما يعنى أن تخلف البيان أو عدم كفايته يؤدى إلى البطلان، مما يجعل من هذا البيان شرطاً شكلياً لازماً لصحة الاتفاق، وبالتالى يجعل عقد الكفالة شكلياً[١].

غير أن هذا التفسير لم يؤخذ به من قبل الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية، بل إن الدائرة المدنية نفسها قد عدلت عنه، وقررت أن النصوص المذكورة تتعلق بالاثبات فقط[٢].

إلا أن المشرع الفرنسى قد اشترط الشكلية بالنسبة للكفالة المقدمة لضمان العمليات المنصوص عليها فى قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩، ومن ثم أصبحت الكتابة شرط انعقاد بالنسبة لهذا النوع من الكفالة[٣].

---

(١) راجع فى ذلك :

- Simler (ph) : Cautionnement et garanties autonomes - 2e éd - paris - N. 50 - pp. 45 et s.

(2) Ibid.

(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ١٤ ، ص ١٥، ولنفس المؤلف : نحو قانون خاص للإفلاس المدنى - ص ١١٧ وما بعدها .

ثانياً : عقد من عقود الضمان الشخصى :

ينتج عن الكفالة التزام شخصى يثقل ذمة الكفيل ويضاف إلى التزام المدين، فهى تمنح الدائن ضماناً شخصياً، حيث يعد كل من المدين والكفيل مسئولاً مسئولية شخصية فى جميع أمواله عن الوفاء بالتزام المدين، مع مراعاة الصفة التبعية لالتزام الكفيل. ويترتب على ذلك أن الدائن قد يتعرض لمخاطر إعسار المدين والكفيل معاً، إلا أن تدخل البنوك والمؤسسات المالية الأخرى ككفيل، وشيوع ذلك فى الوقت الحالى، يقلل من هذا الخطر ويقدم وسيلة أكثر أماناً للدائن(١).

ثالثاً : مدى اعتبار الكفالة من عقود التبرع :

يذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن الكفالة كقاعدة عامة تعد تبرعية (٢) ، حيث لايأخذ الكفيل مقابلاً، ويصح أن تكون بأجر، إذ يمكن للكفيل أن يشترط أجراً مقابل الكفالة نظراً لأنه قد يفى بالدين بدلا من المدين وقد لايستحق من هذا الأخير شيئاً إذا كان مفلساً أو معسراً.

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ١٢.

(٢) من هذا الرأى على سبيل المثال :

- د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق – ص ٣٥، د/ محمد حسين منصور : المرجع السابق - ص ٦٢، د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٢٣ ومابعدها.
- وقد أخذ القانون اللبنانى بهذا الرأى (انظر : نص المادة / ١٠٦٧ من قانون الموجبات والعقود).

وقـد جرى العرف التجارى على أن الكفيل يأخذ مقـابلاً، ومـن ذلـك الكفالة التى يقوم البنك بتقديمها لضمان دين لأحد عملائه مقابل عمولـة يستحقها البنك من هذا العميل[١].

إلا أن ثمة رأى يذهب إلى أن الأصل فى الكفالة أنها بمقـابل أى تتم على سبيل المعاوضة، والإستثناء أن تكون تبرعية وذلك فـى حالـة الكفالة فى صورتها البسيطة التى تكون معقودة فيهـا لمصلحـة الدائـن وحده، غير أن هذه الصورة نادرة فى العمل ، والغالب أن تكون الكفالـة معقـودة لمصلحة المدين، فلا يكون الكفيل متبرعاً للدائن وانما يهـدف إلى الحصول منه على قرض للمدين أو على أجل جديد لسـداد الديـن، فالتزام الكفيل يكون بمقابل، وإذا كان الكفيل قد قصد التبرع للمدين بمـا اشترطه لمصلحته، فإن هذه العلاقة بين الكفيل والمدين لادخل لهـا فـى تكييف عقد الكفالة ذاته، حيث لايعد المدين طرفاً فيه[٢]. وبنـاءاً عليـه يشترط هذا الرأى أن تتوافر لدى الكفيل أهلية التصـرف وليـس أهليـة التبرع[٣].

---

(١) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٢٥

(٢) من هذا الرأى فى الفقه المصرى : أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس : المرجـع السابق – ص ١٦، وقرب من ذلك فى الفقه الفرنسى مازو : دروس فى القـانون المدنى الفرنسى – جـ ٣ – فقرة ١٢، حيث يذهب إلى أن الكفالة تعد معاوضـة فى كل الأحوال، لأن الدائن لاينال منها سوى تأمين لحقه، ولأن الكفيل لايقصـد التبرع للدائن، بل يقصد إسداء خدمة للمدين الذى لايعتبر طرفا فى العقد.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ١٧.

بينما يذهب رأى آخر فى الفقه إلى أن الكفالة تعد تصرفاً محايداً فى العلاقة بين الكفيل والدائن، فلا هى تبرع لانتفاء نية التبرع، ولاهى معاوضة لانتفاء المقابل(١).

ومن جانبنا نؤيد الرأى الثانى الذى يذهب إلى أن الأصل فى الكفالة أنها معاوضة والاستثناء أن تكون على سبيل التبرع، وذلك لقوة أسانيده، وتمشيه مع المبادئ القانونية السليمة، ومع الواقع العملى، إذ لايعد العقد من عقود التبرع إلا إذا توافر فيه أمران : انتفاء المقابل، ونية التبرع، والغالب أن الكفيل لايقصد التبرع للدائن وانما يقصد التبرع للمدين، ويحصل من الدائن على مقابل يتمثل فى منح المدين قرضاً جديداً أو مد أجل سداد القرض السابق .

وإذا اعتبر عقد الكفالة فى صورته البسيطة من عقود التبرع، فيشترط فى هذه الحالة توافر أهلية التبرع لدى الكفيل، فضلاً عن أنه لايشترط للطعن فى الكفالة بالدعوى البوليصية أن يثبت دائن الكفيل تواطؤ هذا الأخير مع الدائن أو مع المدين(٢). وهى نتائج مغايرة تماماً لتلك التى تنتج عن تكييف عقد الكفالة بأنه من عقود المعاوضات .

---

(١) ذهب إلى هذا الرأى أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقى : أحكام القانون المدنى المصرى – التأمينات الشخصية والعينية – الطبعة الثانية – ١٩٥٤ – ص ٣٧ ، ص ٣٨.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق – ص ٣٥.

رابعاً : مدى إعتبار عقد الكفالة ملزماً لجانب واحد :

هل تعد الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد أم أنها ملزمة للجانبين ؟

اختلف الفقه حول الإجابة على هذا التساؤل، فذهب رأى فى الفقه المصرى إلى أن عقد الكفالة عقداً ملزم للجانبين، بينما يجرى الرأى الغالب على إعتبارها عقداً ملزماً لجانب واحد من حيث الأصل، وقد تكون ملزمة للجانبين فى بعض الحالات، وفيما يلى عرض هذين الرأيين:

(أ) رأى الأستاذ الدكتور / سليمان مرقس (الكفالة عقد ملزم للجانبين):

ذهب أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس إلى أن عقد الكفالة يعد من العقود الملزمة للجانبين، سواء فى صورتها البسيطة التى تكون معقودة فيها لمصلحة الدائن وحده دون مقابل، أو فى صورتها المركبة التى تكون قد أبرمت فيها لمصلحة المدين وتنطوى على اشتراط لمصلحة الغير[1] .

ويستند هذا الرأى إلى أن هناك التزام ينشأ عن عقد الكفالة - إضافة لالتزام الكفيل - ويثقل كاهل الدائن، وهو التزام فرضه القانون على الدائن ويتمثل فى وجوب اتخاذ إجراءات المطالبة فى الوقت

---

(١) انظر المرجع السابق - ص ١١ ، ص ١٢.

المناسب، بحيث إذا أخل الدائن بهذا الالتزام وأضر ذلك بمصلحة الكفيل صار مسئولاً عن تعويض هذا الضرر وبرأت ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر[١].

فهذا الالتزام يقابل التزام الكفيل، ويرتبط به – من وجهة نظر هذا الرأى – وبالتالى يكون عقد الكفالة ملزماً للجانبين فى صورتيه .

(ب) رأى الجمهور (الكفالة ملزمة فى الأصل لجانب واحد)

ذهب جمهور الفقه عكس الرأى السابق، إذ يرى غالبية الفقهاء أن الكفالة تعد ملزمة لجانب واحد هو جانب الكفيل حيث يلتزم بالضمان فى مواجهة الدائن ولايلتزم هذا الأخير بشئ تجاه الكفيل، وهذا هو الأصل العام[٢].

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ١٢، ويشير سيادته إلى أن التقنين المدنى السابق لم يكن يفرض على الدائن هذا الالتزام، بل كان يعالج الأمر باعطاء الكفيل حق مطالبة المدين متى حل أجل الدين ولو كان الدائن قد أمهله أجلاً جديداً، فكانت الكفالة فى صورتها البسيطة تبدو عقداً ملزماً لجانب واحد، ولهذا جرى القول أن الأصل فى الكفالة أن تكون ملزمة لجانب واحد، أما الكفالة فى صورتها المركبة – وهى الغالبة فى العمل – فكانت توصف بأنها عقد ملزم للجانبين حتى فى ظل التقنين المدنى السابق، وذلك بسبب اشتراط الكفيل على الدائن أن يمنح المدين القرض أو أجلاً جديداً. (انظر : ص ١٣) .

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٣٤ ، د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ١٩، د/ محمد حسين منصور : ص ٦٠، د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى : المرجع السابق ص ٣٠.

وتظل الكفالة ملزمة لجانب واحد حتى لو التزم المدين بدفع مبلغ للكفيل مقابل كفالته للدين، ذلك لأن الكفيل هو الملتزم بالضمان تجاه الدائن الذى لايلتزم بشئ، أما المدين فرغم أنه يلتزم فى مواجهة الكفيل إلا أنه ليس طرفاً فى عقد الكفالة(١).

أما ما يفرضه القانون على الدائن من التزامات قانونية كالتزامه باتخاذ إجراءات المطالبة فى الوقت المناسب، والتزامه بالمحافظة على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام محل الكفالة، فإن مثل تلك الالتزامات لاتجعل العقد ملزماً للجانبين، لأن هذه الالتزامات(٢) :

١- مجرد شروط تطلبها المشرع لإمكان رجوع الدائن على الكفيل بالدين محل الكفالة .

٢- ليست سبباً لالتزام الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين ، فهى ليست التزامات متقابلة مع التزام الكفيل، ولاترتبط به، ولاتنشأ معاصرة له ، والعقد الملزم للجانبين يفترض نشوء التزامات متقابلة

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٣٤.

(٢) انظر فى ذلك : د/ عبد الرزاق احمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى – جـ ١٠ – ص ٢٤ ، هامش ١ ، د/ محمود جمال الدين زكى : هامش ٤ – ص ٣٤، د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٢١.

ومرتبطـــة ومتعاصرة كل منها سبباً للآخر[١].

ويلاحظ الفقه أن الكفالة رغم أنها فى الأصـــل ملزمـــة لجـــانب واحد، إلا أنها عقد وليست تصرف بالإرادة المنفردة، لأنهـــا لاتنشـــأ إلا بالتراضى بين الدائن والكفيل[٢].

وقد تكون الكفالة – خروجاً على الأصل المتقدم – مـــن وجهـــة نظـــر الرأى الغالب فى الفقه، عقداً ملزماً للجانبين، وذلك إذا التزم الدائن بدفع مقابل للكفيل نظير كفالته للدين، حيث توجد هنا التزامـــات متقابلـــة ومترابطة كل منها سبباً للآخر[٣].

كما تكون الكفالة ملزمة للجانبين إذا اشترط الكفيل على الدائن – عند إبرام الكفالـــة – بعض الاشتراطات لمصلحـــة المديـــن أو الغير،

---

(١) راجع فى ذلك : د/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل : نظرية الالـــتزام – جـــ ١ المصادر الإرادية للإلتزام – العقد والإرادة المنفردة – الطبعة الثانيـــة – ١٩٩٨ – مؤسسة دار الكتب – الكويت – ص ٦٢.

(٢) د/ السنهورى : المرجع السابق – ص ٢٥ ، د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٢١.

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ٦٠ ، ص ٦١ حيث يرى سيادته أنه إذا تمثـــل المقابل فى دفع مبلغ من النقود من قبل الدائن، فهنا يثور التساؤل حول طبيعة هـــذا العقـــد، هل يظل كفالة أم انه ينقلب إلى عقد تأمين ضد خطر إعسار المديـــن (أى عقد تأمين ائتمان) ؟

ويجيب سيادته على ذلك قائلا أن الأمر مرجعه قصـــد المتعـــاقدين الـــذى يتضح من عبارات العقد ومضمونه .

كاشتراط منح المدين أجلاً أطول للوفاء بالدين، أو اشتراط زيـــادة مبلـــغ القرض الممنوح للمدين، إذ الكفالة فى هذه الحالة تكون ملزمة للجـــانبين فى صورة اشتراط لمصلحة الغير (المدين)[١] .

ونحن نؤيد الرأى المتقدم، والذى يكيف الكفالة على أنها – مـــن حيث الأصل – عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الكفيـــل، وقـــد تكـــون ملزمة للجانبين فى بعض الحالات، وذلك لقوة حُجج هذا الرأى واتفاقـــه مع المعيار المميز للعقد الملزم لجانبين .

خامساً : الكفالة عقد تابـــع :

توصف الكفالة فى الفقه بأنها عقد تـــابع، وســـنبين فيمـــا يلـــى المقصـــود بذلك، ثم نتـــائج صفـــة التبعيـــة، وحـــدود هـــذه التبعيـــة، والاستثناءات الواردة عليها :

(أ) المقصود بكُون الكفالة عقد تابع :

يقصد بذلك أن عقد الكفالة يرتب فى ذمة الكفيل التزاما تبعيـــا – أو احتياطياً – بوفاء الدين إذا لم يف به المدين، فالكفالة تقـــوم لضمـــان الوفاء بدين فى ذمة شخص آخر ، فلا يقوم التزام الكفيل مستقلاً بذاتـــه، بل لتأمين تنفيذ الالتزام الأصلى الذى يثقل ذمة المديـــن ، ويعد التـــزام

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ٦١.

الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلى [١].

ومن ثم، لانكون بصدد كفالة إذا التزم شخص بدين الغير التزاماً أصلياً، حيث لايعد كفيلاً وانما مديناً أصلياً، لأن التزامه مستقل عن التزام المدين[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين لاينزع عن الكفالة صفة التبعية، كل ما هنالك أن هذا الشرط يعطى للدائن ضمان أكبر، ويظل التزام الكفيل تبعياً حتى ولو كان متضامناً، حقاً إنه يحرم من التمسك بالدفع بالتجريد أو الدفع بالتقسيم فى هذه الحالة، إلا أنه يحتفظ بالحماية اللصيقة لصفة التبعية، ومن ذلك جواز احتجاج الكفيل بكافة الدفوع التى يحق للمدين التمسك بها فى مواجهة الدائن[٣].

ونشير إلى أن صفة التبعية من الصفات الجوهرية فى الكفالة، وهى تميز الكفالة عما قد يتشابه معها من أنظمة قانونية، وسنعود لهذه النقطة لاحقاً .

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق ص ٢٦. د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٣٨.

(٢) د/ قدرى الشهاوى : المرجع السابق - ص ٣٣.

(٣) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ١٦ ، ص ١٧.

(ب) نتائج صفة التبعية :

يترتب على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلى عدة نتائج أهمها ما يلى :

١- لاتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً[١].

٢- لاتجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولابشروط أشد من شروط الدين المكفول[٢]، ولكن العكس صحيح، حيث تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أيسر[٣].

٣- يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ فى الالتزام المكفول، ولكنه لايضار من هذا التغيير[٤].

(٤) يرتبط مصير التزام الكفيل ، بمصير الالتزام الأصلى، فإذا انقضى الالتزام الأصلى بالتقادم أو بالوفاء أو لأى سبب آخر انقضى معه التزام

---

(١) مادة / ٧٧٦ مدنى مصرى .

(٢) مادة / ١/٧٨٠ مدنى، والمادة / ٢٠١٣ مدنى فرنسى، والتى تنص على أن مخالفة حكمها لاتجعل الكفالة باطلة، وانما يتم تخفيض التزام الكفيل فى حدود الالتزام الأصلى.

(٣) مادة / ٢/٧٨٠ مدنى.

(٤) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ١٧

الكفيل بالتبعية، لأن التابع يتبع المتبوع[١] .

(ج) حدود صفة التبعيـــة :

رغم تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلى، إلا أن ذلــك لايــؤدى بالضرورة إلى التطابق التام بين الالتزامين من حيث الأحكام القانونيـــة، ذلك لأن التزام الكفيل ينشأ من عقد مستقل.

وتبدو مظاهر استقلال التزام الكفيل عن التزام المدين فى بعض الحالات، وأهمها ما يلى :

١- لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة[٢].

٢- تبقى الكفالة مدنية حتى ولو كان الالتزام الأصلى تجارياً، ولو كـــان الكفيل تاجراً[٣].

٣- لايسرى شرط التحكيم الوارد فى بنود العقد الأصلى (بين المديـــن والدائن) فى مواجهة الكفيل، لأنه ليس طرفا فيه[٤].

---

(١) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ١٧ ، ص ١٨ ، د/ سليمان مرقس : ص ١٥.

(٢) مادة / ٧٧٣ مدنى مصرى .

(٣) مادة / ٧٧٩ مدنى مصرى .

(٤) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ١٩.

٤- لايسرى الاتفاق على تحديد الاختصاص المحلى الوارد فى العقد الأصلى فى مواجهة الكفيل، لأن الكفيل ليس طرفاً فيه(١).

(د) الاستثناءات الواردة على صفة التبعية (٢) :

توجد بعض الاستثناءات على صفة التبعية ، تتمثل فى التالى :

١- إذا سقط الأجل بسبب شهر إفلاس المدين أو إعساره، فإن ذلك لايؤدى إلى سقوطه بالنسبة للكفيل، حيث لايلتزم هذا الأخير بالوفاء إلا عند حلول الأجل.

٢- أجاز المشرع المصرى كفالة التزام ناقص الأهلية(٣)، رغم تأكيده على أن الكفالة لاتكون صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً(٤).

٣- لايفيد الكفيل من الصلح الواقى من الإفلاس الذى يحصل عليه المدين المكفول(٥).

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ١٨.

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ١٩.

(٣) مادة / ٧٧٧ مدنى .

(٤) مادة / ٧٧٦ مدنى، ٢٠١٢ مدنى فرنسى.

(٥) مادة / ٢/٧٦١ من القانون التجارى الجديد.

المبحث الثالث

"تمييز الكفالة عما قد يتشابه معها"

تشترك الكفالة مع بعض النظم القانونية فى خصائص معينة، إلا أنها تستقل بأحكام قانونية خاصة مترتبة على صفة التبعية، وسنوضح ذلك فى مقارنة الكفالة بكل من تضامن المدينين، والتعهد عن الغير، والإنابة الناقصة، وعقد الضمان، وتأمين يسار المدين، وذلك كالتالى :

أولاً : تمييز الكفالة عن التضامن بين المدينين :

يقوم التضامن بين المدينين على وجود أكثر من مدين، ويكون كل منهم مسئولاً عن كل الدين فى مواجهة الدائن، ويحق للدائن مطالبة أى مدين منهم بالوفاء بالدين كاملاً، كما يحق له مطالبتهم مجتمعين، فإذا قام أحدهم بالوفاء برئت ذمة الباقين، وجاز للموفى أن يرجع على كل مدين بقدر نصيبه فى الدين[1].

ويعد كل مدين متضامن ملتزماً التزاماً أصلياً فى مواجهة الدائن، وهذا بعكس الكفيل الذى يظل التزامه تبعياً حتى ولو كان متضامناً مع

---

(١) المادتان ٢٨٤، ٢٨٥ مدنى. والتضامن لايفترض وانما يكون بناءا على اتفاق او نص فى القانون (مادة / ٢٧٩ مدنى). وهذا بعكس المسائل التجارية حيث يفترض التضامن، إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص على عدم التضامن .

المدين، كما سبقت الإشارة[١].

ثانياً : تمييز الكفالة عن التعهد عن الغير :

يتمثل التعهد عن الغير فى قيام شخص بالتعهد فى مواجهة المتعاقد معه بالحصول على موافقة الغير على هذا التعهد.

وهذا التعهد لايلزم الغير إلا إذا قبله بارادته وفى هذه الحالة ينشأ عقد جديد من وقت قبول التعهد، أما إذا رفض الغير قبول التعهد ففى هذه الحالة يسأل المتعهد فى مواجهة المتعهد له وقد يلتزم بدفع تعويض، إلا إذا قام هو نفسه بتنفيذ الالتزام محل التعهد إن كان ذلك ممكناً[٢].

ويختلف التعهد عن الغير عن الكفالة، حيث أن التزام المتعهد التزام شخصى وأصلى، بعكس التزام الكفيل فهو التزام تبعى[٣].

ثالثاً : تمييز الكفالة عن الإنابة الناقصة :

يقصد بالإنابة قيام المدين بإنابة شخص آخر عنه يتعهد للدائن بالوفاء بالدين الموجود فى ذمته، فهى تعنى حصول المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين[٤].

---

(١) راجع ما سبق : ص ٤٠ (٢) انظر المادة / ١٥٣ مدنى .
(٣) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٣٩.
(٤) د/ محمد حسين منصور : ص ٦٧.

والإنابة نوعان : إنابة كاملة وتكون حينما ينيب المدين عنه شخصاً آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذى كان فى ذمته، أى أن الدين القديم ينقضى لينشأ مكانه دين جديد، وهذا تجديد بتغيير المدين، أما **الإنابة الناقصة** فتعنى بقاء الدين فى ذمة المدين الأصلى، وانضمام شخص آخر إليه ليكون مديناً لذات الدائن بنفس الدين(١).

ولاوجه للشبه بين الإنابة الكاملة والكفالة، أما الإنابة الناقصة فقد تتشابه مع الكفالة حيث يتعدد المدينون بدين واحد إلا أن التزام الكفيل التزام تبعى بعكس التزام المناب فهو التزام أصلى، ومن ثم لايستطيع المناب أن يدفع فى مواجهة الدائن بضرورة الرجوع على المنيب أولا ولو كان هذا الأخير موسراً، ولايستطيع أن يحتج بالدفوع التى يحتج بها المنيب فى مواجهة الدائن(٢).

رابعاً : تمييز الكفالة عن عقد الضمان :

يقصد بعقد الضمان اتفاق يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة لعميله بضمان تنفيذ العقد، لاسيما دفع الثمن من جانب المشترى، أو يتعهد بمقتضاه أحد البنوك لدائن معين بضمان يسار مدينه مقابل عمولة معينة(٣).

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ٦٧ ، ص ٦٨.
(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٣٩، د/ محمد حسين منصور : ص ٦٨.
(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ٦٨.

وهذا العقد وإن كان يقترب من الكفالة خاصة فى صورته الثانية، إلا أنه يظل متميزاً عنها، لأن الوكيل بالعمولة أو البنك يلتزم التزاماً أصلياً ولايعتبر كفيلاً للعميل، كما أن التزام كل منهما يختلف عن التزام المدين[١].

خامساً : تمييز الكفالة عن عقد تأمين يسار المدين (تأمين الائتمان) :

يعد عقد تأمين يسار المدين صورة من صور التأمين، ويسمى عقد التأمين من الاعسار أو تأمين الائتمان، وبمقتضاه يلتزم أحد طرفيه وهو المؤمن، للطرف الآخر وهو المستأمن فى مقابل قسط معين، بضمان الخسارة التى تلحقه نتيجة إعسار مدينه[٢].

وهذا العقد يحتفظ بذاتية تميزه عن عقد الكفالة حيث أن المؤمن يلتزم التزاماً أصلياً بموجب عقد التأمين، لا بوفاء دين المدين ذاته، بل بتعويض الدائن عن الضرر الذى يلحقه نتيجة إعسار المدين[٣].

---

(١) نفس الاشارة .

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ٦٩.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٤٠.

الفصل الثانـــــى

"إبـرام عقد الكفالة"

يتم إبرام عقد الكفالة بالتراضى بين الكفيل والدائن، ويجب لابرام هذا العقد توافر الأركان اللازمة لابرام العقـــود بصفـــة عامـــة وهـــى التراضى والمحل والسبب، ويخضع العقد فى تفســيره وإثباتـــه لقواعـــد معينة.

تلك إذاً جملة مسائل نعالجها من خلال خمسة مباحث كالتالى :

المبحث الأول: طرفـــا الكفالـــة .

المبحث الثانى: ركن التراضى فى الكفالة .

المبحث الثالث: محـــل الكفالة .

المبحث الرابع: سبب الكفالة .

المبحث الخامس: إثبات الكفالة وتفسيرها .

المبحث الأول

" طرفا الكفالة "

تقدم أن عقد الكفالة يبرم بين الدائن والكفيل، فالمدين ليس طرفا فيه، ولايشترط فى الدائن أية شروط، فأى دائن يستطيع الحصول على كفالة لدينه، لاسيما إذا كانت الكفالة تبرعية أى تعقد لمصلحة الدائن، فيكتفى فيه بأهلية الاغتناء، أى يكفى أن يكون مميزاً، وسنعود لهذه المسألة تحت ركن التراضى .

أما الكفيل فيشترط فيه شروطاً معينة، وإذا فقد شرطاً من هذه الشروط يجوز استبداله بكفيل آخر، كما يجوز للدائن المطالبة بتأمين عينى آخر بدلاً من الكفالة، وأخيراً يجوز أن يكفل شخص آخر الكفيل وهو ما يسمى بالمصدق أو كفيل الكفيل .

ونبحث هذه المسائل تباعاً :

أولاً : الشروط الواجب توافرها فى الكفيل :

نصت المادة / ٧٧٤ من القانون المدنى المصرى على ضرورة أن يكون الكفيل موسراً، وأن يكون مقيماً فى مصر. وإضافة لذلك يجب أن يكون الكفيل أهلاً لابرام الكفالة . وهذه الشروط يجب توافرها فى جميع الكفلاء وأياً كان نوع الكفالة .

الشرط الأول : يجب أن يكون الكفيل موسـراً :

كان قانون المرافعات السابق يشترط أن يكون الكفيل القضائى مقتدراً [١]، ولما كان القانون المدنى السابق قد أحال إلى قانون المرافعات فيما يتعلق بايفاء التعهد بتقديم كفيل[٢]، فانه يفهم من ذلك قصر الشرط على الكفيل القضائى، إلا أن الفقه كان متفقاً على وجوب توافر الإقتدار فى الكفيل فى جميع الحالات التى يلتزم المدين فيها بتقديمه ولو كانت الكفالة قانونية أو اتفاقية [٣] .

أما التقنين المدنى الجديد فانه قد اشترط فى الكفيل أن يكون موسراً، ونص المادة / ٧٧٤ جاء بصيغة عامة بحيث يشمل كافة أنواع الكفالة.

فيشترط فى الكفيل أن يكون موسراً، أى أن يكون لديه من الأموال ما يكفى للوفاء بالالتزام[٤]. ولايهم نوع هذه الأموال، فقد تكون

---

(١) مادة / ٣٩٩ / ٤٥٨ مرافعات قديم .

(٢) المادة ٥٠١ / ٦١١ مدنى قديم .

(٣) راجع : د/ محمود جمال الدين زكى : المرجع السابق - ص ٤٣ والمراجع المشار اليها بهامش ٢.

(٤) راجع : أستاذنا الدكتور / سمير كامل : التامينات الشخصية والعينية ١٩٩٩ ص ١١.

عقارات أو منقولات أو مبالغ نقدية[١]، وذلك بعكس الحال فـــي القـــانون الفرنسي، حيث لايعتد إلا بالعقارات فقط[٢]، إلا إذا كان الدين يســـيراً، أو كان ديناً تجارياً . وهذا الوضع محل نقد من جانب الفقه الفرنسي[٣].

ويثور التساؤل حول ما إذا كان يشترط وجود أموال الكفيل فـــي مصر، والرأى الراجح لايشترط ذلك، وانما يترك الأمر لتقدير قـــاضى الموضوع حسب كل حالة على حده[٤].

ويقع عبء إثبات يسار الكفيل علـــى عـــاتق المديـــن الملـــتزم بتقديمه[٥]، ولكن يجوز للدائن إثبات عدم يسار الكفيل، كأن يثبت الدائـــن أن أموال الكفيل أو بعضها محل منازعة من جانب الغـــير، أو يصعـــب التنفيذ عليها لبعدها أو لسهولة تهريبها أو إخفائها أو لأى سبب آخـــر[٦]. ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية فى تقرير يسار الكفيـــل أو عدم

---

(١) انظر : المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى تعليقاً على نص المادة ١١٤١ منه – مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٥ – ص ٤٣٣.

(٢) مادة / ٢٠١٩ مدنى فرنسى، وهى متأثرة فى ذلك بالعصر الذى وضعـت فيـه حيث لم تكن للمنقولات قيمة كبيرة، فضلاً عن أن المشرع الفرنسى قد وضع فى إعتباره سهولة إخفاء المنقولات وصعوبة الاستدلال عليها والتثبت من ملكيتها . انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٥ – ص ٤٣٣.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٤٤ .

(٤) د/ محمد حسين منصور : ص ٨٣.

(٥) د/ سليمان مرقس : ص ٢٥

(٦) د/ السنهورى : ص ٣١ .

يساره، وذلك دون خضوع حكمه لرقابة محكمة النقض، حيث أن الأمـــر يتعلق بمسألة واقع[١].

ويجب أن يظل الكفيل موسراً حتى انقضاء الكفالة[٢].

الشرط الثاني : يجب أن يكون الكفيل مقيماً في مصر

اشترط المشرع المصرى أن يكون الكفيل مقيماً فى مصر، فـــلا يشترط أن يكون مصرياً، وانما يكفى أن تكون إقامته بمصر[٣].

والحكمة من تطلب هذا الشرط ، تتمثل فى التيسير على الدائـــن إذا ما باشر إجراءات مطالبة الكفيل[٤].

ويقصد بهذا الشرط، أن يكون للكفيل موطـــن فـــى مصـــر[٥]، ولايشترط أن يكون الكفيل مقيما فى موطن المدين كما يذهب إلى ذلـــك

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقـــى : المرجع السابق – ص ٥٣.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٢٦ . فإذا أعسر الكفيل بعد عقد الكفالة جـــاز للدائـــن مطالبة المدين بتقديم كفيلا اخر : د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٥٦.

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ٨٣.

(٤) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٤٤.

(٥) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٣٣.

القانون المدنى الفرنسى[١]، بل يكفى أن يكون للكفيل موطن مختار فـــى مصر بالنسبة لما ينشأ عن الكفالة من علاقات[٢]. ويجب أن يستمر شرط الموطن حتى انتهاء الكفالة[٣].

الشرط الثالث : يجب أن يكون الكفيل أهلاً لابرام الكفالة

لم ينص المشرع المصرى صراحة على هذا الشرط، ربما لأنه أمر بديهى، ولهذا يستفاد من القواعد العامة.

فيجب أن تكون لدى الكفيل الذى يقدمه المدين أهلية الالتزام بعقد كفالة، فإذا لم تتوافر هذه الأهلية وقت ابرام عقد الكفالة، فإن هذا العقـــد يكون قابلاً للإبطال[٤]. ويكفى توافر الأهلية لدى الكفيل وقت إبرام العقد، حتى ولو تغيرت بعد ذلك[٥].

---

(١) يشترط القانون الفرنسى (مادة / ٢٠١٨ مدنى) أن يكون الكفيل مقيما فى دائرة محكمة الاستئناف الواجب تقديم الكفالة فيها وهى عادة محكمة موطن المدين.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٢٦.

(٣) د/ السنهورى : ص ٢٣.

(٤) د/ سليمان مرقس : ص ٢٤.

(٥) نفس الإشـــارة .

ثانياً : استبدال الكفيــل :

إذا فقد الكفيل شرطاً من الشروط الواجب توافرهـا فيــه، كــان للدائن أن يطالب المدين بتقديم كفيل آخر، وذلك إذا كان المدين هو الذى قدم الكفيل[١].

أما إذا كان قد تم اختيار الكفيل بواسطة الدائن، أو كان الكفيل قد التــزم دون علم المدين، ففى هاتين الحالتين لايلتزم المدين بتقديم شخص محل الكفيل الذى فقد شرطا من شروطه[٢].

وفى حالة إعسار الكفيل إعساراً جزئياً يكون للدائن الحــق فــى مطالبة المدين بتقديم كفيل آخر[٣].

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ٨٣ ، د/ سليمان مرقــس : ص ٢٧، د/ عبــد الفتاح عبد الباقى : ص ٥٧.

عكس ذلك : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٤٦ حيث يرى سيادته أنه تطبيقا للقواعد العامة ينقضى التزام المدين بتقديم كفيل، ولكن يسقط أجل الديــن إذا أعسر الكفيل، مالم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

ويلاحظ أن نص المادة / ٦١٠/٥٠٠ من القانون المدنــى الســابق، كــان يقضى بوجوب استبدال الكفيل إذا أعسر.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٢٧، د/ محمد حسين منصور : ص ٨٣.

(٣) د/ محمد حسيــن منصور : ص ٨٣. ولايكون المدين ملزما بتقديم كفيل اخــر إذا مات الكفيل الأول الذى قدمه لأن التزام الكفيل الأول يسرى فى حدود تركته فى مواجهة الورثة .

ثالثاً : تقديم تأمين آخر بدلاً من الكفالــة

أجاز المشرع المصرى فى المادة / ٧٧٤ من القانون المدنـــى، للمدين أن يقدم عوضاً عن الكفيل، تأميناً عينياً كافياً.

وهذا النص من العموم بحيث ينطبق على كل أنواع الكفالـــة[١]، فيجوز للملتزم بتقديم كفيل أن يقدم بدلاً منه تأميناً عينياً كافيـــا، كرهـــن رسمى أو حيازى، أو أوراق مالية[٢].

ويلاحظ أن تقديم تأمين عينى آخر أمر جوازى للمدين، فلـــه أن يقدم كفيلاً فى الحالات التى يلزم فيها بتقديم كفيل، وله أن يقـــدم تأمينـــاً عينياً كافياً يحل محل الكفالة .

ويقدر قاضى الموضوع بسلطته التقديرية كفاية أو عـــدم كفايـــة التأمين العينى المقدم بدلاً من الكفالة[٣].

---

(١) انظر المادة / ٢٠٤١ مدنى فرنسى والتى تقصر الأمر على الكفالـــة القانونيـــة والكفالة القضائية، وعلى رهن الحيازة فقط. مما أثار الاختلاف بين الفقه والقضـــاء. واستقر الرأى الراجح على انطباق النص على جميع أنواع الكفالة، وفى حالة الرهن الرسمى أيضاً. راجع : د/ سليمان مرقس : ص ٢٧، ص ٢٨.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٤٨، د/ قدرى الشهاوى : ص ٤٤.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٢٩.

رابعاً : كفيل الكفيل (المصدق)

يجوز أن يكون التزام الكفيل محلاً لكفالة أخرى، ويسمى كفيل الكفيل " مصدق الكفيل " ، فيلتزم المصدق بوفاء الالتزام إذا لم يف به الكفيل، ويعتبر هذا الأخير فى علاقته بالمصدق، كالمدين فى علاقته بالكفيل[١]، ومن ثم لايجوز للدائن أن يرجع على المصدق إلا بعد رجوعه على كل من المدين والكفيل، ويثبت للمصدق بالتالى الدفع بالتجريد تجاه المدين والكفيل، إلا إذا كان متضامناً مع الكفيل[٢].

وقد يبرم عقد الكفالة الثانى بين الدائن والكفيل الثانى، كما قد يبرم بين الكفيل الأول والكفيل الثانى، لكى يمكن للكفيل الأول الرجوع على الكفيل الثانى بعد وفاء الدين للدائن، بما لم يستطع تحصيله من المدين الأصلى[٣].

ويحق للمصدق التمسك بالدفوع التى يستطيع الكفيل الأول أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن، كما يحق له التمسك بالدفوع الخاصة به هو، كالتمسك ببُطلان عقده[٤].

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٤.

(٢) وقد نصت على مضمون هذا الحكم المادة / ٧٩٧ من القانون المدنى.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٢٩ ، ص ٣٠.

(٤) د/ محمد حسين منصور : ص ٨٥.

وللمصدق الرجوع على الكفيل أو المدين الأصلى، وذلـــك فـــى حالة قيام المصدق بالوفاء بالالتزام، كما يستطيع أن يرجع عليهما معاً[١].

ويلاحظ أن كفالة المصدق لاتفترض، بل لابد من الاتفاق عليهـــا صراحة، ومن ثم فإنه إذا وجد كفيلان لنفس الدين يسبق أحدهما الآخـــر فى الكفالة، فإن الثانى لايعد مصدقاً، وإنما يتعلق الأمر بتعدد كفـــلاء[٢]، إلا إذا ثبت عكس ذلك.

---

(١) ويكون رجوعه بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول ، راجع : د/ محمد حسين منصور : ص ٨٥.

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ٨٥، ص ٨٦.

المبحث الثانـــى

" ركن التراضى فى الكفالة "

سبقت الإشارة إلى أن الكفالة من العقود الرضائية، حيث يكفـــى لانعقادها توافق إرادتى الدائن والكفيل دون حاجة لأى إجراء شكلى آخر. ولايشترط رضاء المدين بالكفالة، وهذا ما يستفاد من نص المادة / ٧٧٥ من القانون المدنى، والتى تقضى بالآتى : " تجوز كفالة المديـــن بـدون علمه، وتجوز كذلك رغم معارضته[١].

ورضاءُ الدائن بالكفالة يعد ضرورياً، ولكن لايشترط أن يكـــون صريحاً، بل يكفى أن يكون ضمنياً، كـأن يشـــرع الدائـــن فـــى اتخـــاذ الإجراءات ضد الكفيل[٢].

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٢، وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على النص المقابل للمادة / ٧٧٥ ما يلى : " ... وقد لايكون هنـــاك موجب لإيراد النص سوى الرغبة فى بيان أن المشرع المصرى خـــرج فـــى هـــذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (مادة ٨٦٢ من مرشد الحيران) وهى تحـــرم الكفيل الذى يضمن المدين بدون علمه أو رغم عدم رضاه من حق الرجـــوع عليـــه (راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـــ ٥ - ص ٤٤٢) وهذا النص تطبيـــق للقواعد العامة التى تجيز الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم ارادته مادة / ٣٢٣ مدنى).

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٣١.

أما رضاء الكفيل فهو أمر لازم لانعقاد الكفالة، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اشتراط الرضاء الصريح من جانب الكفيل، ومن ثم لايصلح الرضاء الضمنى فى هذا الصدد[١]، وقد تأثر أنصار هذا الرأى بما اشترطه المشرع الفرنسى فى المادة / ٢٠١٥ من القانون المدنى، حيث تقضى بأن الكفالة لاتفترض، ويجب أن تكون صريحة.

ويبرر الفقهاء ذلك، بأن التزام الكفيل من الالتزامات ذات الخطورة حيث يكون معرضاً لسداد الدين إذا لم يف به المدين، وقد لايستطيع تحصيل شئ من هذا الأخير إذا كان معسراً، لذا وجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً وليس ضمنياً[٢].

غير أن جمهور الفقه فى مصر يخالفون الرأى السابق، ويرون أنه لامحل للتشدد بصدد رضاء الكفيل، وانما يسرى بشأن التعبير عن إرادة الكفيل مايسرى بشأن طرق التعبير عن الارادة بصفة عامة، فقد يكون التعبير صريحاً ، وقد يكون ضمنياً، طالما أن المشرع المصرى لم

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٦٢ : ص ٦٣، د/ سليمان مرقس : ص ٣٣، د/ السنهورى : ص ١٧٦. ويرى أنصار هذا الرأى أن المشرع المصرى قد أفصح عن قصده فى أن يكون رضاء الكفيل صريحا وقاطعا وذلك فى المذكرة الايضاحية، حيث أن التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية (راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ٥ - ص ٤٢٦).

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٣٣.

يشترط أن يكون رضاء الكفيل صريحاً[١]. بل يذهب البعض – وبحق – إلى أن الرأى الأول الذى يشترط الرضاء الصريح يخلط بين الرضاء الضمنى والرضاء المفترض، فى حين أن الفرق واضح بين الأمرين، فالرضاء الضمنى رضاء حقيقى، ولايختلف عن الرضاء الصريح إلا فى طريقة التعبير عنه[٢].

خلاصة القول أن رضاء الكفيل قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً طالما كان واضحاً ومؤكداً بطريقة لاتثير الشك حوله، ولايهم بعد ذلك طريقة التعبير عن هذا الرضاء أو نوعية الألفاظ المستخدمة فى ذلك، فلا يكفى مجرد توصية شخص للدائن بأن يثق بمدينه أو تحبيذ التعاقد معه حتى نعتبره كفيلاً عنه[٣]. كذلك فإن مجرد توقيع شخص

---

(١) راجع على سبيل المثال : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٠، د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٤٥، د/ محمد حسين منصور : ص ٨٧، د/ قدرى الشهاوى : ص ٥٤.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٠.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٠، ص ٥١، د/ محمد حسين منصور : ص ٨٧، ص ٨٨، إلا أن من صدرت عنه التوصية قد يسأل تقصيريا فى مواجهة الدائن فى حالة عدم قيام المدين بالسداد أو عدم قدرته المالية على السداد. وذلك على أساس أن التوصية قد ولدت لدى الدائن ثقة مشروعة على خلاف الحقيقة، وقد طبقنا هذا الحكم على خطابات النوايا الصادرة عن الغير فى مجال الائتمان والتى تتضمن مجرد توصية راجع : مؤلفنا خطابات النوايا الصادرة عن الغير فى مجال الائتمان دار الفكر الجامعى – الاسكندرية – ٢٠٠٠ م .

على ورقة إلى جانب توقيع المدين لايعنى أنه كفيلاً له، فقد يكون مجرد شاهد[١].

وإذا أثير شك حول تفسير إرادة الكفيل فى الالتزام، فإن قاضى الموضوع هو الذى يقوم بالتحرى عن الإرادة الحقيقية للكفيل ويفسرها وفقاً للقواعد العامة فى تفسير العقود، ومن ذلك تفسير الشك فى مصلحة الكفيل فى هذه الحالة[٢].

ويشترط أن تكون إرادة الكفيل وإرادة الدائن خالية من العيوب، فلا يكون واقعاً فى غلط أو خاضعاً لاكراه أو تدليس أو استغلال، حيث تكون الكفالة قابلة للإبطال فى هذه الحالة[٣]، كأن يعتقد الكفيل على خلاف الحقيقة أن الدين ثمن بيع عقار مضمون بامتياز البائع، ثم يتضح أنه مجرد دين عادى، حيث يجوز للكفيل التمسك بابطال الكفالة للغلط إذا توافرت شروطه[٤]. ويسرى نفس الحكم اذا اعتقد الكفيل أن

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٣٣.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥١، ص ٥٢، د/ محمد حسين منصور : ص ٨٨، وحكم النقض المذكور بهامش ١ .

(٣) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٤٨ ومابعدها، د/ محمد حسين منصور : ص ٨٩، ص ٩٠. وبشرط توافر شروط الابطال لكل عيب من هذه العيوب بطبيعة الحال.

(٤) د/ سليمان مرقس : ص ٣٢.

المدين موسراً خلافاً للحقيقة[١].

أهلية الطرفين فى الكفالة :

إذا كانت الكفالة تبرعاً، أى تكون لمصلحة الدائن دون مقابل، ففى هذه الحالة يشترط توافر أهلية التبرع لدى الكفيل، ويكتفى فى الدائن بأهلية الاغتناء[٢]. فإذا لم تتوافر فى الكفيل أهلية التبرع كانت الكفالة باطلة بطلاناً مطلقاً من وجهة نظر البعض، على أساس أن القاصر الذى لم يبلغ ٢١ سنة يكون معدوم الأهلية أصلاً بالنسبة لهذا النوع من الكفالة[٣]. ولايجوز للولى أو للوصى أو للقيم أن يعقد كفالة باسم القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة[٤]. وإذا كان الكفيل شخصاً معنوياً، تجوز الكفالة باسمه من قبل الشخص المفوض له بذلك[٥].

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٤٩.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٢.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٣٤، د/ السنهورى: ص ٨٠.

(٤) وذلك باعتبار القاصر كفيلا، راجع : د/ محمد حسين منصور : ص ٩١، حيث يمتنع على النائب القانونى التبرع بمال القاصر أو المحجور عليه ولو بإذن المحكمة إلا لواجب إنسانى أو عائلى (لأن الكفالة عمل ضار ضررا محضا) ، راجع مؤلفنا: المدخل لدراسة العلوم القانونية - نظرية الحق - دار الثقافة العربية - القاهرة - ٢٠٠٢ م .

(٥) ويجوز للشريك كامل الأهلية أن يكفل الشركة التى هو شريك فيها، كما يجوز للشركة أن تكفل الشريك. انظر : د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٤٧.

أما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين وهـــى الصـــورة الغالبة، ففى هذه الحالة تعد الكفالة من الأعمـــال الدائـــرة بيـــن النفـــع والضرر، ويشترط فى كل من الكفيل والدائن أهلية الأعمال الدائرة بيـــن النفع والضرر، فيجب أن يكون بالغاً، رشيداً، وغير محجور عليـــه، وإلا وقعت الكفالة قابلة للإبطال[١].

وتجدر الاشارة إلى أن الكفيل إذا فقد أهليته بعد ابـــرام الكفالـــة، فهذا لايؤثر على بقاء الكفالة التى انعقدت صحيحة[٢].

التوكيل فى الكفالـــة :

يجوز أن تتم الكفالة بطريق الوكالة، ولكن يشـــترط أن تكـــون وكالة محددة إذا كانت الكفالة تبرعاً، وقد استقرت محكمة النقض علـــى اشتراط وكالة محددة فى هذه الحالة، فلا يصح التوكيل المرخـــص فيـــه للوكيل بالإقرار والصلح[٣].

أما إذا كانت الكفالة معاوضة (أى عقدت لمصلحـــة المديـــن) فتكفى فيها الوكالة الخاصة وفقا للمـــادة / ٧٠٢ مـــن القـــانون المدنـــى

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٣٥.

(٢) نفس الاشارة، وكذلك الحال اذا مات الكفيل حيث تظل الكفالة سارية وتنفذ فـــى تركته، ولايكون المدين من ثم ملزما بتقديم كفيل اخر (د/ السنهورى : ص ٣٤) .

(٣) راجع الأحكام المشار اليها بهامش ٧١ ص ٣٦ لدى د/ سلمان مرقس.

المصرى[١]. ويشترط توافر الأهلية لدى الموكل، أما الوكيل فيكفى أن يكون مميزاً .

الوعد بالكفالة :

قد يكون الوعد بالكفالة بين الواعد والدائن، كما قد يكون بين الواعد والمدين :

أ – الوعد بين الواعد والدائن : قد يصدر وعد للدائن من قبل شخص آخر، كأن يعده بأن يكفل له فلان إذا أقرضه الدائن مبلغاً معيناً، وهذا الوعد بمثالة كفالة بمجرد حصول القرض ومطالبة الدائن للواعد بالكفالة، إذ يتحول الوعد إلى كفالة تماماً مثلما يتحول الوعد بالبيع إلى بيع[٢].

ويجوز الزام الواعد بالكفالة بحكم القضاء، وتسرى على الواعد جميع أحكام الكفالة[٣].

وإذا كان كل من الوعد والقرض ثابتاً بالكتابة، كانت تلك الكتابة

(١) د/ سليمان مُرقس : ص ٣٦ . أما بالنسبة للدائن فتكفى الوكالة العامة، لأنه يفيد فى العادة من الكفالة بلا مقابل : د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٦٨.

(٢) ويرى البعض أن الوعد يعد كفالة تامة، وإن كانت معلقة على شرط واقف هو ابرام العقد الأصلى ونشوء الدين المكفول فى ذمة المدين. راجع : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٨.

(٣) د/ السنهورى : ص ٧٥، وراجع الماده ١٠٢ مدنى.

ذاتها مثبتة للكفالة، وإلا وجب الإثبات بالبينة والقرائن[١].

ب – الوعد بين الواعد والمدين : قد يصدر الوعد للمدين بأن الواعد سيكفله لدى دائنه، ويقبل المدين هذا الوعد.

ويعتبر هذا عقداً مع الموعود له (المدين) متضمناً اشتراطاً لمصلحة الغير (الدائن)، ويثبت للدائن (الغير المستفيد) حق مباشر تجاه الواعد فيستطيع أن يلزمه بسداد الدين باعتباره كفيلاً[٢].

وثمة ملاحظتان هما : **الأولى:** أن الوعد بالكفالة ينقضي إذا كان الواعد قد حدد له مدة، وانقضت دون قيام الموعود له باقراض المدين، أو دون قيام هذا الأخير بالاقتراض، ففي مثل هذه الحالات ينقضي الوعد لعدم نشوء الدين قبل انقضاء المدة المحددة للوعد[٣].

والملاحظة الثانية هي : أنه لكي يتحول الوعد بالكفالة إلى كفالة يجب أن تتوافر في الوعد كافة الشروط اللازمة في الوعد بالتعاقد بصفة عامة ، فيجب أن يتضمن الوعد تعيين الدين الموعود بكفالته، وتحديد

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص٣٩.

(١) د/ السنهوري : ص ٧٥، وراجع المادة / ١٠٢ مدني.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٤٠، وأيضا لنفس المؤلف : الوافي في شرح القانون المدني – جـ ٢ – المجلد الأول – نظرية العقد – القاهرة – ١٩٨٨ ص ٢٢٣.
د/ السنهوري : ص٧٥ ، ص ٧٦.

(٣) د/ قدرى الشهاوى : ص ٦٦.

المدة التى يتقيد خلالها الواعد بانجاز وعده وابرام الكفالة، وبصفة عامة يجب أن يتضمن الوعد بالكفالة كافة أركان عقد الكفالة الموعود به من رضاء ومحل وسبب، وأن تتوافر لدى الواعد الأهلية اللازمة للكفالة(١).

المبحث الثالث

"محل الكفالة

(الالتزام المكفول – نطاق التزام الكفيل)

يجب ان يكون للكفالة محلاً ترد عليه، ويشترط فى هذا المحل ما يشترط فى محل سائر العقود، ومحل الكفالة هو الالتزام المكفول، وفضلا عن ذلك يثور التساؤل حول مدى أو نطاق التزام الكفيل، ندرس إذاً مسألتين على النحو التالى :

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها فى الالتزام المكفول

يشترط فى الالتزام المكفول محل الكفالة ثلاثة شروط هى :

---

(١) راجع المادة / ١٠١ من القانون المدنى المصرى.

الشرط الأول :يجب أن يكون موجوداً

التزام الكفيل التزام تابع، ومن ثم لاينشأ إلا إذا وجد التزام أصلى فى ذمة المدين، ويقوم الكفيل بضمان الوفاء به إذا لم يف بـــه المديـــن.
فوجود الالتزام الأصلى المكفول شرط لازم لوجود التزام الكفيل. فإذا لم يوجد الالتزام الأصلى، أو وجد ولكن على غير الوجه الذى اتجهت إرادة الكفيل إلى ضمانه، أو انقضى قبل أن ترد عليه الكفالـــة، امتنـــع انعقـــاد الكفالة لانعدام محلها[١].

وإذا وجد الالتزام الأصلى صحت كفالته بصرف النظر عن محل هذا الالتزام، فقد يتمثل فى دفع مبلغ من النقود، أو يكون محلـــه القيـــام بعمل أو الامتناع عن عمل، إلا إذا كان هذا العمل قد روعى فيه شخصية المدين، فاذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار ، جازت كفالة الالـــتزام بعمل، وضمن الكفيل قيام المدين بالعمل أو القيام به إذا لم يقم به المدين، كما قد يضمن الكفيل الوفاء بالتعويضات التى قد يحكم بها على المديـــن لإخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل[٢].

كما لايهم مصدر الالتزام المكفول ، فقد ينشأ عن العقد أو يكون

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٥١، د/ سليمان مرقس ص ٤٢.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٤١، ص ٤٢، بل يجوز أن يكون التزام الكفيل محـــلا لكفالة أخرى، ويسمى كفيل الكفيل (المصدق)، وسبق لنا دراسته من قبل .

نتيجة مترتبة على فعل ضار، أو كان مستمداً من القانون مباشرة[١]. كما لايهم أوصافه[٢].

وهناك ثلاث نقاط تسترعى الانتباه تحت هذا الشرط الأول، ونعالجها تباعاً فيما يلى :

أولاً : مدى جواز كفالة الالتزام المستقبل

إذا كان الالتزام محل الكفالة لم ينشأ بعد فى ذمة المدين، فهل تجوز كفالته ؟ أجابت المادة / ٧٧٨ من القانون المدنى على ذلك، حيث أجازت كفالة الدين المستقبل إذا تم تحديد المبلغ المكفول مقدماً[٣]. وتطبيقاً لذلك تجوز كفالة الدين الذى ينشأ عن الحساب الجارى، وقد قضت محكمة النقض المصرية أن : " كفالة الالتزامات الناشئة عن الحساب الجارى هى كفالة لدين مستقبل لايتعين مقداره إلا عند قفل الحساب

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٥٢.

(٢) د/ سمير كامل : المرجع السابق – ص ١٧. وسنعود لهذه النقطة عند بحث مسألتى كفالة الدين المستقبل، والدين المعلق على شرط.

(٣) لم يكن فى التقنين المدنى القديم – أسوة بالقانون الفرنسى – أية نصوص تتعلق بكفالة الالتزام المستقبل، ومع ذلك كان الفقه والقضاء يجمعان على جواز كفالة الالتزام المستقبل، راجع : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٦٤ والمراجع والأحكام المذكورة بهامشى ٢،١. وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٥ – ص ٤٥٤ ومابعدها.

وتصفيته واستخراج الرصيد، ومن ثم فلا تصح هذه الكفالة - وفقاً لنص المادة ٧٧٨ من القانون المدنى - إلا إذا حدد الطرفان مقدماً فـــى عقـــد الكفالة قدر الدين الذى يضمنه الكفيل "[١].

غير أن المشرع قد قيد كفالة الدين المستقبل بقيدين هما :

١- يجب أن يتم تحديد مقدار الدين المستقبل فى عقد الكفالة، وذلك حماية للكفيل، حتى لايتورط فى كفالة دين لايعلم مقداره[٢].

٢- إذا كان الكفيل قد عين مدة لقيام كفالته، فلا يجوز له أن يرجع فـــى الكفالة طوال هذه المدة، ويظل ملتزماً بها[٣]. أما إذا كانت الكفالة غـــير محددة المدة، ففى هذه الحالة يجوز للكفيل أن يرجع فيها طالما لم ينشـــأ الالتزام بعد[٤].

وفى حالة الكفالة محددة المدة، ذهب رأى فى الفقه إلى أن هـــذه الكفالة تكون معلقة على شرط واقف هو نشوء الدين فى المدة المحـــددة، وتقتصـــر الكفالة على ما ينشأ من الدين خلال المدة المحددة، وبالتالـــى

(١) نقض مدنى : ١٩٧٢/٣/١٥ - مشار إليه بهامش ١ - لدى : المستشار أنـــور العمروسى : المرجع السابق - ص ٨٨.

(٢) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية: جـ٥ - ص ٤٥٧.

(٣) انظر : د/ السنهورى : ص ٥٠ وما بعدها .

(٤) راجع : المادة / ٧٧٨ من القانون المدنى.

لايجوز للكفيل التحلل من الكفالة قبل انتهاء الأجل المحدد[١].

بينما يرى البعض أن الأمر يتعلق بمجرد وعد بالكفالة، ولايلتزم الكفيل بوفاء الدين طالما لم ينشأ بعد، وإنما يضمن وفاءه عند نشوئه، فإذا رجع الكفيل فى وعده قبل انتهاء الأجل المحدد، كان مخلاً بوعده ويجوز الزامه بالتعويض عن عدم قيامه بكفالة الدين لاعن عدم وفاء الدين[٢].

أما إذا كانت كفالة الدين المستقبل غير محـــددة المـــدة، وحيـــث يجوز للكفيل الرجوع فيها فى أى وقت طالما أن الدين لم ينشأ بعد، فقـــد يتبـــادر إلى الذهن أن المشرع يقصد الرجوع فـــى الكفالـــة، وبالتـــالى يشترط عدم نشوء الدين، لعدم الاضرار بالدائن، ومن ثم ليـــس للكفيـــل التحلل من الكفالة إذا كان الحساب الجارى للمدين قد صار مديناً بمبلـــغ ضئيل، فيظل الكفيل ملتزماً فى حدود الحد الأقصى الذى عينـــه للمبلـــغ المكفول، والى مالانهاية[٣].

غير أن الفقه لايسلم بهذه النتيجة، حيث لايعقل أن يظل الكفيـــل ملتزماً إلى الأبد، ومن ثم فإن التكييف الصحيح للعقد فى هذه الحالة هـــو أنه عقد غير محدد المدة، يكون من حق الكفيل إنهاءه فى أى وقت، ولكن

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٤٩. نقض مدنى : ١٩٧٦/٦/١٤- مجموعـــة أحكـــام النقض - س ٢٧ - رقم ١٣٤٥ - ص ٢٥٦.

(٢) مشار إليه لدى : د/ مرقس : ص ٤٩ : هامش ١.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٥٠.

بشرط إعلان إرادته فى الانهاء إلى الدائن، ولاتنتج هذه الإرادة أثرها إلا من الوقت الذى تتصل فيه بعلم الدائن وفقاً للمادة / ٩١ من القانون المدنى(١). وتصبح الكفالة محددة المدة فى هذه الحالة، وتطبق عليها أحكام الكفالة محددة المدة، حيث تعتبر كأن لم تكن إذا لم يكن الدين المكفول قد نشأ فى الوقت الذى عينه الكفيل حداً لكفالته، على إعتبار أنها كانت معلقة على شرط واقف لم يتحقق فى الوقت المحدد، أما إذا كان الدين المكفول قد تحقق بعضه فى ذمة المدين فى الوقت الذى حدده الكفيل لسريان الكفالة، فإن الكفالة تقتصر على هذا القدر من الدين. ولايسأل الكفيل إلا فى حدوده(٢).

وأخيراً يرى البعض أن كفالة الالتزام المستقبل، ماهى إلا تطبيق للقواعد العامة والتى تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً(٣).

ثانياً : مدى جواز كفالة الالتزام المعلق على شرط

أجازت المادة / ٧٧٨ من القانون المدنى كفالة الدين الشرطى، ولم يفرق النص بين الدين المعلق على شرط واقف، والدين المعلق على

---

(١) د/ مرقس : ص ٥٠.

(٢) د/ السنهورى : ص ٨٤.

(٣) د/ منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة - ١٩٦٠ - ص ٣٥ ومابعدها.

- ويلاحظ عدم جواز كفالة الالتزام فى تركة مستقبلية، حيث يعد هذا الالتزام باطلا، وتبطل الكفالة بالتبعية : د/ قدرى الشهاوى : ص ٨١.

شرط فاسخ[١].

ويكون التزام الكفيل مرتبطاً بمصير الشرط الـــذى تـــم تعليـــق الالتزام المكفول عليه وذلك بسبب تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفـــول. فاذا كان الشرط واقفاً، وتحقق، أصبح كل من المدين والكفيل مســـئولاً، وإلا سقــط الالتزام الأصلى، وسقط معه بالتبعية التزام الكفيل. أمـــا إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق، انقضى الالتزام المكفول، وانقضـــت الكفالـــة بالتبعية، فإن لم يتحقق الشرط الفاسخ تأكد الالتزام المكفول وتأكد معـــه التزام الكفيل[٢].

وتجب ملاحظة أن الكفيل يستفيد من تعليق الدين على أجـــل أو شرط، ولايجوز للدائن مطالبته قبل حلـــول الأجـــل أو تحقـــق الشـــرط الواقف[٣].

---

(١) كما هو الحال فى ظل القانون الفرنسى، وما كان مسلماً به فـــى ظـــل القـــانون المدنى السابق، وبالتالى يرى الأستاذ الدكتور / محمود جمال الدين زكى أن المشرع المصرى لم يكن فى حاجة إلى تقرير هذا الحكم صراحة فى نص المـــادة ١/٧٧٨، راجع : ص ٦٦.

(٢) د/ سمير كامل : ص ١٨، د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٥٧.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٥١.

ثالثاً / مدى جواز كفالة الالتزام الطبيعى

يطلق الفقه على الالتزام الذى يتضمن عنصر المديونية دون عنصر المسئولية، تعبير الالتزام الطبيعى(١)، وهذا الالتزام لايمكن إجبار المدين على الوفاء به قضاءاً(٢)، إلا أنه إذا أوفى به مختاراً كان وفاؤه صحيحاً لايستطيع أن يرجع فيه لأنه ليس متبرعاً وإنما يفى بالتزام قائم يشغل ذمته المالية، كما أن تعهد المدين بالوفاء بالتزام طبيعى، يعد تعهداً صحيحاً يحيل الالتزام الطبيعى إلى التزام مدنى(٣).

والسؤال المطروح هو : هل تجوز كفالة الالتزام الطبيعى ؟

ذهب البعض إلى جواز كفالة الالتزام الطبيعى، إلا أنهم لم يقروا حق الدائن فى رفع دعوى على الكفيل للمطالبة بالدين، لأنه لايستطيع مطالبة المدين قضاءاً(٤). ولايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام

---

(١) وقد انتقدنا هذه التسمية – مع البعض – لأنها غير دقيقة، والأحرى أن يطلق عليها " واجب أدبى أو خلقى " أو تعهد خلقى، راجع فى أسباب ذلك : مصادر الالتزام فى القانون المدنى المصرى – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٣ – ص ٢٥ ومابعدها – تأليف : أ.د/ محمد حسام محمود لطفى، أ.د/ مصطفى عبد الجواد.

(٢) مادة / ١٩٩/٢ مدنى.

(٣) المادتان : ٢٠١، ٢٠٢ من القانون المدنى.

(٤) د/ السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى – جـ٢ – ص ٧٥٤.

المدين[١].

إلا أن هذا الرأى غير ذى جدوى، طالما لايمكن للدائن الزام الكفيل بالدين[٢].

لذا فقد ذهب رأى آخر إلى أن كفالة الالتزام الطبيعى صحيحة، ويكون الكفيل فيها ملزماً بوفاء الدين الذى يعتبر طبيعياً فى ذمة المدين، حيث أن تعهد الكفيل يحوله إلى التزام مدنى، فضلاً عن أن نص المادة / ٢٠١٢ من القانون المدنى الفرنسى تجيز كفالة الالتزام الطبيعى الذى يتخلف فى ذمة ناقص الأهلية فى حالة تمسكه بإبطال العقد والقضاء له بذلك[٣].

إلا أن البعض يرى – وبحق – أنه لايصح الاستناد إلى نص المادة / ٢٠١٢ المذكورة، لأن الشخص لايعد كفيلاً فى هذه الحالة وانما يعد مديناً أصلياً بوفاء دين القاصر أو ناقص الأهلية، ومن ثم فانه لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعى لأنه لايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين، ولكن إذا قدم المدين بالتزام طبيعى كفالة للدائن، فإن ذلك يتضمن نية المدين فى الالتزام مديناً بالوفاء، وتكون الكفالة صحيحة

---

(١) وقد نصت على ذلك صراحة المادة / ١/٧٨٠ من القانون المدنى المصرى.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٥٢.

(٣) من هذا الرأى : د/ شفيق شحاته : التأمين العينى – ١٩٥٢ – ص ٦٣.

فى هذه الحالة[١].

الشرط الثانى : يجب أن يكون محل الكفالة صحيحاً

نصت المادة / ٧٧٦ من القانون المدنى على ما يلى : " لاتكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ".

فوفقاً لهذا النص يجب أن يرتكز التزام الكفيل على التزام أصلى صحيح ليضمن الوفاء به، وهو نفس الحكم الذى قررته المادة / ٢٠١٢/٢ من القانون المدنى الفرنسى .

ومن ثم فإن الكفالة تكون باطلة إذا كان الالتزام الأصلى باطلاً، لأن التزام الكفيل يدور مع الالتزام الأصلى وجوداً وعدماً، صحة وبطلاناً، وفقاً لصفة التبعية .

وتطبيقاً لذلك تقع باطلة كفالة الهبة التى لاتأخذ الشكل القانونى[٢]، كذا فإن دين القمار لايصلح محلاً للكفالة، وبالمثل لاتصح كفالة الالتزام الباطل لانعدام الأهلية[٣].

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٥٣، ص٥٤، د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٥٨.
– وقد كان هذا الموضوع محل بحث عند وضع مشروع القانون المدنى الحالى، وكان هناك نص يجيز كفالة الالتزام الطبيعى طالما كان لايخالف النظام العام أو الآداب، غير أن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة اكتفاءاً بالقواعد العامة، وهذه القواعد لاتجيز كفالة الالتزام الطبيعى.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٤٢.

(٣) د/ نبيل سعد : ص ٥٩، وانظر أمثلة أخرى لدى : د/ محمود جمال الدين زكى: ص٦٠.

ولايكون الالتزام باطلاً، إلا إذا كان ناشئاً عن عقد باطل، أما الالتزام غير العقدى، فان القانون نفسه هو الذى يتكفل بانشائه، وبالتالى لايكون باطلاً[١].

ويجوز للكفيل التمسك ببطلان الالتزام المكفول، إذ يحق له التمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين، ومن هذه الأوجه بطلان الالتزام المكفول[٢].

ويثور التساؤل حول مدى صحة الكفالة الواردة على التزام قابل للإبطال، كما أن المشرع قد أفرد لكفالة التزام ناقص الأهلية حكماً خاصاً، وسنوضح هاتين المسألتين تباعاً فيما يلى :

أولاً : مدى جواز كفالة الالتزام القابل للابطال :

إذا كان الالتزام قائماً ولكنه قابل للإبطال، فانه يصلح محلاً للكفالة، وتصبح الكفالة هى الأخرى قابلة للإبطال إعمالاً لمبدأ تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول[٣].

ومن ثم إذا قضى بإبطال الالتزام الأصلى، فإن ذلك يستتبع بالضرورة إبطال عقد الكفالة، وللكفيل أن يحتج بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين نفسه ، وبالتالى يستطيع الكفيل التمسك بابطال التزامه

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٥٩.

(٢) انظر المادة / ٧٨٢ مدنى.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٦١.

قابلية الالتزام الأصلى للإبطال(١).

أما إذا كان الالتزام القابل للإبطال قد أصبح صحيحاً بالاجـــازة، فان صحته تتأكد نهائياً بالنسبة للمدين الأصلى، ولكن يجوز للكفيـــل أن يتمسك بابطال الكفالة، مالم يجزها فتصبح صحيحة بعد أن كانت قابلـــة للإبطال، أو مالم يسقط حقه فى التمسك بالابطال بالتقادم(٢).

ويلاحظ أن ما سبق كان خاصاً بقابلية الالتزام الأصلى للإبطـــال لأى سبب غير نقص الأهلية، حيث خصه المشرع بحكم خاص، نتناولـــه فيما يلى :

ثانياً : الاستثناء الخاص بكفالة التزام ناقص الأهلية :

أورد المشرع المصرى حكماً خاصاً بكفالة التزام ناقص الأهلية، حيث نصت المادة / ٧٧٧ من القانون المدنى على أن : " من كفل التزام ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كـــان ملزمـــاً بتنفيـــذ الالتزام إذا لـــم ينفذه المدين المكفول"(٣). ثم أكد المشرع هذا الحكم فى

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ١٠٢.

(٢) د/ السنهورى : ص ٤٤، د/ نبيل سعد : ص ٦٠.

وعكس ذلك انظر : د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٧٦، د/ رمضان أبـــو السعود : الوسيط فى التأمينات الشخصية والعينية - جـــ١ - الطبعـــة الأولـــى - الاسكندرية - ١٩٨٠ - ص٦٠.

(٣) كانت المادة / ٦٠٥/٤٩٦ من القانون المدنى القديم تستثنى حالة الكفالـــة التـــى تكون حاصلة بسبب عدم أهلية المدين .

نص المادة / ٢/٧٨٢ من القانون المدنى ، والتى تقرر الآتى : " على أنه إذا كــان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكــان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه ".

ولفهم حكم هذين النصين، نفرق بين ثلاثة فروض هى :

١ – **إذا كان الكفيل لايعلم بنقص أهلية المدين :** هنا يكون التزام الكفيل قابلاً للإبطال مثله فى ذلك مثل التزام المدين ناقص الأهلية، فاذا تمســك المدين بابطال إلتزامه لنقص أهليته، وقضى له بذلك، فإن التزامه يعتــبر كأن لم يكن، وينقضى معه بالتبعية التزام الكفيل ويعــد كــأن لــم يكــن أيضاً[1].

كما يحق للكفيل التمسك بقابلية التزامه للإبطال ولو لم يتمســك المديــن ببطلان الالتزام المكفول، لأن الكفيل صــاحب مصلحــة فــى التمسك بإبطال الالتزام، كما أن انقضاء الالتزام التــابع لايــؤدى إلــى إنقضاء الالتزام المتبوع، ويتجلى ذلك بصفة خاصة عند وجود سبب من أسباب البطلان الخاصة بعقد الكفالة[2].

٢ – **إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت الكفالة :** فــى هــذا الفرض يكون التزام الكفيل قابلاً للابطال بالتبعية، فإذا تمســك المديــن ناقص الأهلية بنقص أهليته وقضى له بابطال العقد الأصلى ، جاز للكفيل

(١) د/ نبيل سعد : ص ٦٢.
(٢) نفس الاشارة .

أيضاً أن يتمسك بنقص الأهلية وأن يبطل عقد الكفالة[١].

ولكن إذا لم يتمسك المدين بالإبطال، أو كان قد أجاز العقد الأصلى القابل للإبطال، فإن العقد يظل منتجاً لآثاره، وكذا الكفالة[٢]، ولايجوز للكفيل أن يحتج بنقص أهلية المدين ليبطل التزامه[٣].

٣- إذا كان الكفيل يعلم بنقص أهلية المدين وقت الكفالة، وتقدم الكفالة التزام المدين بسبب نقص الأهلية : وهذا هو الفرض الذى تناولته المادة/ ٧٧٧ من القانون المدنى . حيث يكون الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين، وتقدم لكفالته بسبب نقص الأهلية، والفرض أن كل من الكفيل والدائن يعلم بنقص أهلية المدين، وأن العقد الذى أبرمه المدين مع الدائن قابل للإبطال، ورغم ذلك تقدم الكفيل لضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذ لم يف به المدين، ولتغطية نقص أهلية المدين بحيث يظل الكفيل ملزماً ولو تمسك المدين بالبطلان بسبب نقص أهليته[٤]. وفى هذه الحالة يلتزم الكفيل ليس بوصفه كفيلاً وإنما بوصفه مديناً أصليا، لأن الالتزام الأصلى قد انقضى بالبطلان[٥].

ويذهب بعض الفقهاء[٦]، أن الكفيل يصبح مديناً أصلياً، وهو

(١) د/ قدرى الشهاوى : ص ٧٨.
(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٠٥
(٣) وفقا لنص المادة / ٢/٧٨٢.
(٤) د/ سليمان مرقس : ص ٦٠.
(٥) د/ نبيل سعد : ص ٦٣.
(٦) منهم على سبيل المثال : د/ السنهورى : ص ٤٩ والمرجع المشار اليها بهامش رقم ١.

مدين بالالتزام الأصلى تحت شرط واقف هو عدم تنفيذ المدين الأصلى هذا الالتزام، فإذا تحقق الشرط، وجب على من تقدم بصفته كفيلاً وقد أصبح مديناً أصلياً بتحقق الشرط أن ينفذ هو هذا الالتزام.

إلا أن رأياً آخر فى الفقه يفسر الحالة المعروضة على أساس نظرية تحول العقد التى نصت عليها المادة / ١٤٤ من القانون المدنى، ومن ثم فإن كفالة التزام ناقص الأهلية تبدأ كفالة حقيقية وتظل صحيحة، حتى يتمسك ناقص الأهلية ببطلان التزامه، فتبطل الكفالة وتتحول إلى تعهد ينشأ عنه التزام أصلى فى ذمة من تعهد ككفيل[١].

غير أن الرأى الغالب فى الفقه يفسر الحالة الماثلة بأن من يكفل التزام ناقص الأهلية وتكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، إنما يبرم عقداً مركباً يتضمن كفالة وتعهد عن الغير يتعهد فيه الكفيل بألا يستعمل المدين حقه فى طلب الإبطال، ويتعهد فى ذات الوقت بأن يقوم بتنفيذ الالتزام الأصلى على سبيل التعويض، إذا أخل بتعهده عن الغير بأن طلب المدين

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٦١، ص ٦٢، ويرد سيادته على الاعتراض على هذا الرأى والمتمثل فى أن نظرية تحول العقد تستند إلى الارادة المحتملة للمتعاقدين، فى حين أن التعهد الأصلى فى حالة الكفالة ينشأ عن الارادة الحقيقية للكفيل وقت العقد. حيث يرى أستاذنا الدكتور سليمان مرقس أن اتجاه ارادة الكفيل وقت العقد الى التعهد بالتزام أصلى لم يكن هو الاتجاه الرئيسى المباشر، بل كان اتجاها معلقا على تحقق احتمال تمسك ناقص الأهلية ببطلان العقد (انظر هامش ١٢٢ - ص ٦٢) .

الإبطال، ويكون التزام الكفيل المتعهد أصلياً فى هذه الحالة(١).

وهذا الرأى يتفق مع المنطق، ويفسر سبب التزام الكفيل باعتباره مديناً أصلياً بعد زوال الالتزام الأصلى المكفول نتيجة تمسك المدين الأصلى بالابطال لنقص أهليته(٢).

ويرى الفقه أن نص المادة / ٧٧٧ من القانون المدنى محل نقد، حيث أنه يقتصر على حالة قابلية الالتزام للابطال بسبب نقص الأهلية ولايشمل حالة القابلية للابطال بسبب عيوب الرضا، فى حين كان يجب التسوية بين الحالتين لاتحاد العلة. وبالمثل فقد وجه الفقه الفرنسى بعض الانتقادات لنص المادة / ٢٠١٢ من القانون المدنى الفرنسى والتى جاء فيها : " ومع ذلك تجوز كفالة الالتزام الذى يكون قابلاً للإبطال لسبب خاص بشخص المدين كالقصر مثلاً". حيث يرى الفقه أن هذا النص يستبقى الالتزام التابع رغم إبطال الالتزام الأصلى وهذا لايجوز، فضلاً عن أن النص يفرق دون مبرر بين الالتزام القابل للإبطال بسبب عيب فى الرضاء، وذلك الذى يكون قابلاً للابطال بسبب نقص الأهلية(٣). ويتفق الفقه على مد حكم النص إلى جميع حالات الأبطال لنقص الأهلية(٤).

---

(١) من هذا الرأى : د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٨٥، د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٨٣، د/ سمير تناغو : ص ٤٢، ص ٤٣، د/ نبيل سعد : ص ٦٤، ص ٦٥.

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٦٤، ص ٦٥.

(٣) راجع فى ذلك : د/ سليمان مرقس : ص ٥٧.

(٤) د/ سليمان مرقس : ص ٥٦.

<u>الشرط الثالث :</u> يجب أن يكون محل الكفالة معيناً أو قابلاً للتعيين :

يشترط أن يكون الالتزام المكفول معيناً فى عقد الكفالة وذلك من حيث أطرافه ومحله ومصدره[١]. ولذلك يجب أن يتم تعيين المدين بهذا الالتزام، وكذلك الدائن به وقت نشأة الكفالة، وأن يتم تحديد نطاق الالتزام، وفى هذا الصدد يكفى بيان حدود الالتزام المكفول وقت الكفالة وبطريقة يمكن معها حصر وتحديد هذا الالتزام وقت مطالبة الكفيل، ومن أمثلة ذلك جواز كفالة الحساب الجارى، أو التعويض الذى ينشأ نتيجة حادث معين[٢]، فيشترط أن يكون محل الكفالة معيناً أو قابلاً للتعيين.

ويجوز قصر الكفالة على مدة معينة يلتزم الكفيل خلالها، كما يمكن قصر الكفالة على جزء معين من الدين[٣].

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٤٣.

(٢) د/ عبد الودود يحى : عقد الكفالة - القاهرة - ١٩٦٠ - ص ١٢، د/ سليمان مرقس : ص ٤٥.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٤٥.

المطلب الثانـــــى

"نطاق التزام الكفيل"

يتحدد التزام الكفيل وفقاً لعقد الكفالة، ووفقاً للالـــتزام الأصلـــى للمدين، وذلك كالتالى :

أولاً : تحديد التزام الكفيل فى ضوء عقد الكفالة

عقد الكفالة هو الذى يحدد نطاق أو مدى التزام الكفيل، وذلك من حيث الموضوع والأشخاص والمدة والأوصاف :

١- **فمن حيث الموضوع :** قد يكون التزام الكفيل مطلقاً بحيـــث يشـــمل تغطية الدين وملحقاته كالفوائد ومصروفات المطالبة الأولى، ومايســـتجد مـــن مصروفات بعد إخطار الكفيل، وقد يقتصر الـــتزام الكفيـــل - إذا كانـــت الكفالة محددة - على ضمان جزء من الدين، أو ضمـــان الديـــن فقط دون ملحقاته[١].

٢- **ومن حيث الأشخاص :** يجب ألا تتعدى الكفالة الشخص المكفـــول، فلا تشمل مدينا آخر، فاذا تمت حوالة الدين لشخص آخـــر، برأت ذمـــة

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٦٦.

الكفيل[١]. ويعد الغلط فى شخص المدين أو فى صفة جوهرية من صفاته، سبباً يجيز للكفيل التمسك بقابلية التزامه هو للإبطال[٢]، حيث أن عقد الكفالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى لاسيما فى العلاقة بين الكفيل والمدين .

٣- **ومن حيث المدة** : يجب ألا تتجاوز الكفالة الوقت المحدد لها، سواء الوقت المحدد لبدء الكفالة، أو الوقت المحدد لانتهائها، وتبرأ ذمة الكفيل بانتهاء هذه المدة[٣].

٤- **ومن حيث الأوصاف** : يمكن أن يلحق التزام الكفيل جميع الأوصاف التى يسبغها عليه عقد الكفالة ولو لم يكن الالتزام الأصلى كذلك[٤]. ومن ثم يجوز أن يكون التزام الكفيل مضافاً إلى أجل، فى حين أن الالتزام الأصلى غير مؤجل، ويجوز كذلك أن يكون التزام الكفيل معلقاً على شرط فى حين أن الالتزام الأصلى باتاً[٥].

---

(١) مالم يقبل الحوالة (مادة / ٢/٣١٨ مدنى).

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٦٨. والمرجع المشار إليه بهامش ١.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ١٠٠، د/ نبيل سعد : ص ٦٩.

(٤) د/ نبيل سعد : ص ٦٩.

(٥) د/ محمد حسين منصور : ص ١١٢.

ثانياً : تحديد التزام الكفيل فى ضوء الالتزام الأصلى

يتحدد التزام الكفيل فى ضوء الالتزام الأصلى، وذلك من ناحيتين هما :

١ – لايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أخف منه : نصت المادة / ٧٨٠ من القانون المدنى المصرى على أنه : " ١– لاتجوز الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، وبشروط أشد من شروط الدين المكفول . ٢– ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أهون ".

وهكذا ، لاتجيز هذه المادة الكفالة فى مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولابشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة فى مبلغ أقل وبشروط أيسر.

وتطبيقاً لذلك لايلتزم الكفيل بدفع فوائد، إذا كان المدين الأصلى غير ملتزم بها، ولابسعر أعلى للفائدة من السعر الذى يلتزم به المدين، ولايجوز أن يكون التزام المدين الأصلى مؤجلاً، والتزام الكفيل حالاً[1]. وإنما يجوز أن يكون التزام الكفيل أخف من التزام المدين الأصلى وبشروط أيسر من شروط هذا الالتزام، فمن الجائز تطبيقاً لذلك أن يكون التزام المدين الأصلى باتاً، بينما التزام الكفيل معلقاً على

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ١١٤.

شرط[1].

وإذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلى، فما جزاء ذلك ؟ وهل يعد عقد الكفالة باطلاً ؟.

لم يضع نص المادة / ٧٨٠ من القانون المدنى المصرى جزاءاً معيناً عند مخالفة الحكم الوارد به، ويرى الفقه أن الجزاء لايتمثل فى بطلان عقد الكفالة، بل فى إنقاص التزام الكفيل حتى يتساوى مع الالتزام الأصلى فى مقداره وشروطه وأوصافه أو يقل عنه فى هذه الأمور، وذلك استناداً إلى نص المادة / ١٤٣ من القانون المدنى المتعلقة بانتقاص العقد إذا توافرت شروط تطبيقها[2].

أما المشرع الفرنسى فقد كان صريحاً بالأخذ بنظرية انتقاص العقد فى مجال الكفالة إذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المدين الأصلى، حيث يجب إنقاص هذا الالتزام حتى يبلغ حد الالتزام المكفول[3].

٢- يستفيد الكفيل من كل تغيير طارئ فى الالتزام الأصلى دون أن يضار من هذا التغيير : نظراً لتبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول، فإن كل تغيير يطرأ على الالتزام الأصلى يستفيد منه الكفيل، وتطبيقاً لذلك إذا

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٧١.

(٢) د/ السنهورى : ص ٦١، د/ نبيل سعد : ص ٧١.

(٣) مادة / ٢٠١٣ مدنى فرنسى.

منح الدائن أجلاً إضافياً للمدين، فإن الكفيل يستفيد من هذا الأجل[١]. كما أن الكفيل يستفيد من تنازل الدائن للمدين عن جزء من الديـــن أو عـــن الفوائد، أو إنقاص سعر الفائدة، ويستطيع الكفيل أن يتمسك بذلـــك فـــى مواجهة الدائن[٢].

ولكن يجب ألا يترتب على التغيير الطارئ فى الالتزام المكفول الإضرار بمصلحة الكفيل، فإذا تنازل المدين عن الأجـــل للدائـــن، أو إذا سقط الأجل بخطأ المدين أو فعله، فإن ذلك لايحتج بـــه فـــى مواجهـــة الكفيل[٣]، إلا إذا رضى به. باختصار يستفيد الكفيل من كـــل مايحســـن مركـــز المدين، ولايمكن الاحتجاج ضده بكل مـــامن شـــأنه أن يســـوئ مركز المدين.

---

(١) انظر : د/ محمد حسين منصور : ص ١١٥.
(٢) د/ نبيل سعد : ص ٧٢، د/ محمد حسين منصور : ص ١١٥.
(٣) د/ السنهورى : ص ٨٤، ص ٨٥، د/ سمير تناغو : ص ٥٤.

المبحــث الرابع

"سبب الكفالـة"

يعد السبب ركناً أساسياً فى العقد، ويتنازع تحديد مفهوم الســبب نظريتان : إحداهما تسمى النظرية التقليدية فى السبب، وهى لاتعتــد إلا بالسبب القريب أى الغرض المباشر الذى يهدف إليه المتعاقد، والنظريــة الأخرى تسمى النظرية الحديثة فى السبب وهى تعتــد بصفــة أساســية بالباعث الدافع إلى التعاقد(١).

وفى مجال الكفالة، ذهب رأى فى الفقه إلى أن الكفالة تصــرف قانونى مجرد، يقع صحيحاً بصــرف النظــر عــن وجــود الســبب أو مشروعيتــه، ومن ثم لايشترط وجود سبب للكفالة، وإذا وجد لايشــترط أن يكون مشروعاً(٢).

---

(١) راجع حول هذه الأمور تفصيلاً : د/ محمد حسام محمود لطفى، د/ مصطفــى عبد الجواد : المرجع السابق - ص ٢٣٠ ومابعدها.

(٢) من هذا الرأى على سبيل المثال : د/ السنهورى : الوسيط فى شــرح القــانون المدنى - جــ١ - ص ٤٦٩ بند ٢٨٧، د/ محمود أبو عافية : التصــرف القــانونى المجــرد - رسالة دكتوراه - القاهرة - ١٩٤٦ - (النسخة العربية) - ص ٢١٤: ص ٢١٨.

وهو رأى بعض الفقه الفرنسى ، منهم على سبيل المثال :

- Vient : Le fondement juridique des obligations abstraits - D.S. 1978 - chron. 39.

غير أننا نؤيد الرأى الراجح فى الفقه المصرى الـــذى يشـــترط السبب كركن فى الكفالة ، لأن الرأى المخالف لايتمشى مـــع إعتبـــارات العدالة التى تقضى بضرورة بطلان الكفالة فى حالـــة عـــدم مشـــروعية الباعـــث الذى دفع إليها، فضلاً عن أن السبب ركن أساسى فـــى العقـــد وفقاً للقانون المصرى، والتصرف المجرد استثناء لايتقـــرر إلا بنـــص، وحيث لايوجد مثل هذا النص بشأن الكفالة، فإن السبب يعد ركنـــاً فـــى الكفالة[١].

ولكن ماهو مفهوم السبب فى الكفالة ؟

لتحديد مفهوم السبب فى الكفالة نميز بين الكفالـــة التـــى تعقـــد لمصلحة الدائن، وتلك التى تعقد لمصلحة المدين، على النحو التالى :

أولاً : السبب فى الكفالة التى تعقد لمصلحة الدائن

إذا عقدت الكفالة لمصلحة الدائن، فإنها تكون تبرعيـــة، ويكـــون سبب التزام الكفيل نية التبرع للدائن، ويكفى هذا السب لصحة الكفالة[٢].

غير أنه يشترط أن يكون الباعث على التـــبرع مشـــروعاً، وإلا بطلت الكفالة[٣]، فاذا كفل شخص ديناً لزوجته – بوصفها دائنة – لـــدى

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٥، د/ سليمان مرقس : ص ٦٨، د/ نبيـــل سعد : ص ٧٤.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٦٦.

(٣) نفس الاشارة .

مدين معين، دون أن يحصل منها على أية مزية لمصلحة المديـــن، بـــل لمجرد طمأنتها وتطييب خاطرها، كان سبب الكفالة نية التبرع والبـــاعث إليها مشروعاً فتصح الكفالة[١]. وعلى العكس تكون الكفالة باطلة إذا كفل شخص ديناً لخليلته على آخر دون أن يحصل منهـــا علـــى أيـــة مزيـــة لمصلحة المدين، بل لمجرد الاستمـــرار فى العلاقة غـــير المشـــروعة، فسبب الكفالة نية التبرع والباعث إليها غير مشروع[٢].

ثانياً : السبب فى الكفالة التى تعقد لمصلحة المدين :

يختلف السبب فى الكفالة التى تعقد لمصلحة المدين بحسب ما إذا كان المدين ملزماً بتقديم الكفالة، أو غير ملزم بذلك :

١- إذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل للدائن، وتقدم الكفيل لضمان الدين وفاءاً لالتزام المدين بذلك، حتى ولو لم يحصل من الدائن على أية مزية لصالح المدين، فإن الكفيل لايعد متبرعاً للدائن بالكفالة، بل يكون ســـبب التزامه وفاء التزام المدين بتقديم الكفالة[٣]. فاذا ثبت بطلان التزام المدين بتقديم كفيل، أو عدم وجود هذا الالتزام بطلت الكفالة لانعدام سببها[٤].

---

(١) نفس الاشارة .

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٦٦.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٦٧.

(٤) نفس الاشارة .

وتطبيقاً لذلك إذا كان القانون يقضى بالنفاذ المعجل دون كفالـــة، فيعتقـد المديـن أن الكفالة واجبة ويقدم كفيلاً، ففى هذه الحالة تكون الكفالة باطلة لانعدام سببها[١].

٢- أما إذا لم يكن المدين ملزماً بتقديم كفيل، وضمـن الكفيـل الدائـن لاتبرعـاً منه للدائن، بل للحصول منه على مصلحـة للمديـن، كمنـح المدين قرضاً جديداً، أو مد أجل القرض السابق، فإن الكفالة تنطوى على اشتراط لمصلحة الغير، ولايصح هـذا الإشـتراط إلا إذا وجـدت فيـه مصلحة للمشترط ولو كانت أدبية (تقديم خدمة للمدين لإعتبارات أدبية)، وفى هذه الحالة يجب أن تكون مصلحة المشترط (الكفيل) فى الكفالـة مشروعة، وإلا بطلت الكفالة[٢].

وفضلاً عن مشروعية سبب الكفالة، يجب أن يكون هذا السـبب حقيقياً وصحيحاً[٣].

إثبات السبب :

يفترض أن للكفالة سبب ، وأن هذا السبب مشروع وذلك وفقـاً

---

(١) نفس الاشارة .

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٦٧. ويضرب سيادته مثلاً للمصلحة غير المشـروعة، بمصلحة الكفيل فى الحصول على رضا خليلته بمعاشرته .

(٣) ويعتبـر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يثبت العكس (مادة/ ٢/١٣٧ مدنى).

للقواعد العامة[١]، فإذا ادعى الكفيل أن السبب غـــير موجــود، أو غـــير مشروع، كان عليه هو عبء إثبات ذلك، بأن يثبـــت عـــدم مشـــروعية السبب، وعلم الدائن بالباعث الرئيسى الدافع إلى إبرام الكفالة أو إمكانيـــة علمه بذلك[٢].

ويستطيع الكفيل أن يثبت عدم وجود السبب أو عدم مشـــروعيته بكافة طرق الإثبات[٣].

المبحـــث الخامس

"إثبات الكفالة وتفسيرها"

كيف يتم إثبات الكتابة ؟ وكيف يتم تفســـيرها إذا كـــانت هنـــاك ضرورة لذلك ؟

نجيب على هذين التساؤلين من خلال المطلبين التاليين :

---

(١) انظر نص المادة / ١٣٦ من القانون المدنى .

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٧٦.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٧٠.

المطلب الأول

"إثبات الكفالة "

كانت الكفالة تخضع للقواعد العامة فى الاثبات وذلك فـــى ظـــل القانون المدنى السابق، غير أن المشرع المصرى قد خرج علـــى ذلـــك واشترط فى المادة / ٧٧٣ من القانون المدنى الحالى أن تكـــون الكفالـــة ثابتة بالكتابة حتى ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلـــى بالبينـــة. وهذا ينطبق على إثبات الكفالة بين الكفيل والدائن، أما إثبات الكفالة فـــى العلاقة بين الكفيل والمدين فيخضع للقواعد العامة فى الاثبات، وبالتـــالى يجب إثبات الكفالة بالكتابة إذا زاد محلها عن خمسمائة جنيه مصرى(١).

ويرى الفقه أن الوعد بالكفالة يجب أن يكون ثابتاً بالكتابة، مثلـــه فى ذلك مثل الكفالة ذاتها، وذلك لاتحاد العلة وعمومية النص فى نظـــر البعض(٢)، أو لأنه لايجوز التمسك بوعد يؤدى إلى عقد نهائى (بحكـــم القاضى) إلا إذا كان الوعد ثابتاً بالكتابة، وذلك وفقـــاً لـــرأى البعـــض الآخر(٣).

---

(١) راجع : د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٧٨. وقد أصبـــح حـــد الاثبـــات بالكتابـــة خمسمائة جنيه بموجب قانون ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(٢) د/ نبيل ابراهيم سعد : ص ٧٨.

(٣) د/ سمير تناغو : التأمينات الشخصية والعينية - الاســـكندرية - ١٩٩١ - ص ٥٦.

وترجع الحكمة من اشتراط أن تكون الكفالة ثابتة بالكتابة، إلـــى خطورة التزام الكفيل، وحتى يكون رضاءه بالكفالة واضحاً(١).

والكتابة شرط لاثبات الكفالة، فهى ليست ركناً فى الانعقـاد، لأن عقد الكفالة من العقود الرضائية فى القانون المصرى(٢). ولهـذا يجـوز إثبات الكفالة بالاقرار واليمين إذا لم توجد كتابة، بل ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، أو وجد مانع حال دون الحصـول على دليل كتابى(٣).

وإذا كان التزام الكفيل تجارياً، جاز إثباته بكافة طرق الإثبات(٤). ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ إذا كان الغرض منها الاحتجاج على الغير بالكفالة، كأن يقوم الكفيل بوفاء الدين، فيحل محل الدائن فى رهـن رسمى مثلاً، وكان هناك دائن مرتهن تال له فى المرتبة(٥).

---

(١) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ٥ - ص ٤٢٦ حيث تبرر اشتراط الكتابة بأن التزام الكفيل من الالتزامات التبرعية فى الأساس، فيجب أن يستند إلـى رضاء صريح قاطع ... " وهذه الحجة محل نقد، لأن عبء الاثبات يقع على عـاتق الدائن، فضلا عن أن هذه الحجة تخلط بين الرضاء القاطع والرضاء الصريح. انظر : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٧.

(٢) أما فى القانون الفرنسى، فتوجد بعض الاستثناءات التى لاتنعقد فيها الكفالـة إلا بالكتابة، وقد أشرنا إلى ذلك عند بحث صفة الرضائية فى عقد الكفالة.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ٣٧.

(٤) د/ السنهورى : ص ٨٠، د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٥٧.

(٥) د/ محمد حسين منصور : ص ٩٣.

المطلب الثانـــى

" تفسير الكفالة "

نظراً لخطورة التزام الكفيل، والحالة الذهنية للكفيل حينما يقـــدم على إبرام الكفالة، حيث لم يدر فى خلده وقت الكفالة أنه سيدفع الديـــن، ونظراً لأن الكفيل يضمن ديناً لامصلحة له فيه غالباً، فإن المشـــرع قـــد وضـــع فى إعتباره حماية الكفيل عنـــد صياغـــة النصـــوص الخاصـــة بالكفالة، ومن ذلك ضرورة تفسير الكفالة تفسيراً ضيقاً[١]. ويفسر الشـــك لمصلحة الكفيل[٢]. ويتبع فى تفسير الكفالة قواعد التفسير المقررة.

فإذا كان الكفيل يضمن جزءاً من التزامات المدين ، فلا يجوز مد الكفالة إلى الأجزاء الأخرى، ولهذا إذا كان الكفيل يضمن دين الأجـــرة، فلا يجوز أن تشمل الكفالة التعويض عن حريق أو تلف العين المؤجـــرة بخطأ المستأجر[٣]. وإذا لم يرد فى عقد الكفالة ما يفيد أن الكفيل يضمـــن الفوائد والملحقات، وجب قصر التزام الكفيل على أصل الدين فقط.

---

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٧٩، ص ٨٠ ،

- Simler (ph) : op. cit - N. 252 - p. 211.

(٢) د/ السنهورى : ص ٨٧، وهامش رقم ٥. ويعد هذا تطبيقا للمادة / ١٥١ مدنى.

– فإذا كان هناك شك فيما إذا كانت الكفالة مطلقة أو محددة، وجب إعتبارها محددة .

(٣) د/ قدرى الشهاوى : ص ٦٧.

وتفسير الكفالة مسألة واقع، يستقل بتقديرها قــاضي الموضــوع دون رقابة على حكمه من محكمة النقض طالما كان استخلاصه سائغاً له أصل ثابت بأوراق الدعوى ومستنداتها، أما التفسير الضيق للكفالة فهــو مسألة قانونية يخضع حكم قــاضي الموضــوع فيهــا لرقابــة محكمــة النقض(١).

(١) د/ السنهوري : جـ١٠ – ص ٨٥، د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٨٠.

الفصل الثالث

"آثار عقد الكفالة"

يبرم عقد الكفالة كما ذكرنا بين الكفيل والدائن، والمدين ليس طرفاً فيه، ولما كان الكفيل يضمن للدائن الوفاء بالالتزام إذا لم يف به المدين، حيث يمكن أن يفى الكفيل بالدين، إلا أنه نظراً لأن التزام الكفيل التزام تبعى، فإن من حق الكفيل الرجوع على المدين بما وفاه للدائن، وإذا كان هناك أكثر من كفيل يثور التساؤل حول العلاقة بينهم فى حالة الوفاء بالدين من جانب أحدهم .

تنشأ عن الكفالة إذاً علاقات متعددة، فهناك العلاقة بين الدائن والكفيل، وهناك العلاقة بين الكفيل والمدين، وهذه العلاقات تنشأ عنها حقوق والتزامات لكل طرف من أطرافها .

لذا ، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، كما يلى :

المبحث الأول: آثار الكفالة فى علاقة الدائن بالكفيل.

المبحث الثانى: آثار الكفالة فى علاقة الكفيل بالمدين .

المبحث الأول

"آثار الكفالة فى علاقة الدائن بالكفيل"

يحق للدائن أن يرجع على الكفيل بموجب عقد الكفالة، وقد أعطى القانون للكفيل بعض الدفوع فى مواجهة دعوى الدائن، وفى ثنايا هاتين المسألتين نشير إلى مدى وكيفية رجوع الدائن على الكفلاء إذا تعددوا ، وكذا الرجوع ضد الكفيل المتضامن مع المدين، والدفوع التى يحق للكفيل التمسك بها فى مثل هذه الحالات.

نتحدث أولاً عن حق الدائن فى الرجوع على الكفيل، ثم دفوع الكفيل (حقوقه) فى مواجهة الدائن، وذلك من خلال مطلبين كالتالى :

المطلب الأول: حق الدائن فى الرجوع على الكفيل .

المطلب الثانى: دفوع وحقوق الكفيل فى مواجهة الدائن.

المطلب الأول

"حق الدائن فى الرجوع على الكفيل"

ندرس أولاً : شروط رجوع الدائن على الكفيل، ثم كيفية وشروط رجوع الدائن على الكفلاء فى حالة تعددهم :

أولاً : شروط رجوع الدائن على الكفيل :

يشترط لإمكانية رجوع الدائن على الكفيل عدة شروط أهمها ما يلى :

(أ) أن يكون الالتزام الأصلى حال الأداء :

نظراً لأن التزام الكفيل يرتبط بالتزام المدين الأصلى بعلاقة تبعية، فإنه لايجوز للدائن مطالبة الكفيل إلا إذا كان الالتزام الأصلى حال الأداء، فإذا كان مؤجلاً فإن الكفيل يستفيد من هذا الأجل، ولايحق للدائن مطالبته قبل حلول أجل الالتزام الأصلى، لأنه لايجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من التزام المدين[1].

(ب) عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه :

وهذا شرط منطقى مستمد من الصفة التبعية لالتزام الكفيل، حيث تبرأ ذمته فى حالة قيام المدين بالوفاء بالتزامه، فإذا لم يقم المدين بهذا الوفاء، أمكن للدائن مطالبة الكفيل بالوفاء إذا توافرت الشروط الأخرى.

---

(١) مادة / ٧٨٠ / ١ مدنى .

(ج) يجب أن يتم الرجـــوع علـــى المديـــن أولاً ، إلا إذا كـــان الكفيـــل متضامناً :

إذا كانت الكفالة بسيطة لاتضامن فيها، وجب على الدائن مطالبة المدين أولاً قبل رجوعه على الكفيل.

وفى هذا تقضى المادة / ١/٧٨٨ من القانون المدنى، حيث تنص على أنه " لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، إلا بعد رجوعـــــه على المدين "[١].

فوفقاً لهذا النص لايجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده قبـــل الرجوع على المدين، فيجب على الدائن أن يرجع على المديـــن أولاً، أو أن يرجع على المدين والكفيل معاً ، إنما لايجوز له أن يرجع على الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين .

ويقصد بالرجوع فى هذا الصدد المطالبة القضائية[٢]، فلا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى على الكفيل وحده لإلزامـــه بالوفاء ، إلا بعد أن

(١) وقد خرج المشرع بهذا عما كان سائدا فى ظل التقنين المدنى السابق، وعما هو مسلم به فى القانون الفرنسى ، من أن للدائن حق مطالبة الكفيل مباشرة دون حاجـــة لمطالبة الكفيل. والحقيقة أن القاعدة التى أخذ بها المشرع فى نـــص المـــادة ١/٧٨٨ تقتضيها طبيعة التزام الكفيل، إذ هو التزام احتياطى وتابع لالتزام المدين.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٨٧.

يرفع الدعوى على المدين ويحصل على حكم ضده بالزامه بالوفـــاء، أو يرفع الدعوى على المدين والكفيل معاً. أما إذا كان بيـــد الدائـــن ســـنداً تنفيذيـــاً، يعتبر التنبيه بالوفاء رجوعاً على المدين بـــالمعنى المقصـــود بنص المادة / ٧٨٨/ ١[١].

وإذا تم شهر إفلاس المدين ، كان على الدائن التقدم فى تفليســـة المدين[٢]، حتى يستطيع مطالبة الكفيل.

وإذا قام الدائن برفع دعواه على الكفيل وحده، قبل الرجوع على المدين، كانت دعواه غير مقبولة، إذا تمسك الكفيل بهـــذا الدفـــع أمـــام المحكمة، ولما كان الأمر يتعلق بدفع بعدم القبول، جاز للكفيل التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو فـــي الاســـتئناف[٣]. ولايجـــوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها طالما أن الكفيل لم يتمسك به [٤].

وتجدر الاشارة إلى أن هذا الدفع يختلف عـــن الدفـــع بـــالتجريد المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة / ٧٨٨، حيث أن هذا الدفع الأخير يتعلق بمرحلة التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيـــذ علـــى أموال

---

(١) د/ السنهورى : المرجع السابق – فقرة ٤٤.

(٢) راجع المادة / ٧٨٦ مدنى.

(٣) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٨٨ ، د/ سمير كامل : ص ٢٧.

(٤) لأن هذا الدفـــع لايتعلق بالنظام العام، راجع : د/ محمود جمال الدين زكـــى : ص ٨٨.

المدين، بينما يتعلق الدفع الأول بمرحلة المطالبة، حيث يمنـــع مطالبـــة الكفيل قبل مطالبة المدين[١].

ولكن إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، جاز للدائـــن مطالبـــة الكفيل أولاً، أو المدين أولاً، أو أن يطالبهما معـــاً فـــى نفـــس الوقـــت، ولايجوز للكفيل التمسك بالدفع فى هذه الحالـــة. وهـــذا القيـــد رغـــم أن المشرع لـــم يورده صراحة، إلا أن الأعمال التحضيرية قد أوضحت أن القاعدة الواردة بالمادة / ١/٧٨٨ خاصة بالكفيل البسيط، فيســـتبعد مـــن مجال تطبيقها الكفيل المتضامن[٢].

(د) يجب أن يكون التزام الكفيل حال الأداء :

يشترط لجواز مطالبة الكفيل، أن يكون قد حل أجل الوفاء بالتزام المديـــن، وهذا الأجل يحدده عقد الكفالة. فلا يســـتطيع الدائـــن مطالبـــة الكفيل قبل حلول هذا الأجل، حتى ولو كان الالتزام الأصلى للمدين قـــد أصبح حالاً، سواء بسبب تنازل المدين عن الأجل الصالح الدائن، أو لأن المدين قد تسبب بخطئه فى سقوط الأجل، حيث أن مثل هذا الأمر لايحتج

---

(١) د/ سمير كامل : ص ٢٦ . وقد كان القانون المدنى السابق يجعلهما دفعاً واحداً.

(٢) مجموعـــة الأعمال التحضيرية – جـ٥ – ص ٧٩٧ . وبالمثل لايجوز للدائـــن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، لأن الكفيل هنا فى مركز المدين (انظر نص المادة / ٧٩٧ مدنى).

بـــه ضد الكفيل لأنه تغيير طارئ يسوئ مركزه ، ويضار منه كما ذكرنا من قبل.

ومن ناحية أخرى إذا حل أجل التزام الكفيل قبـــل حلـــول أجـــل الالتزام الأصلى، كأن يمنح الدائن للمدين أجلاً إضافياً، ففى هذه الحالـــة يستفيد الكفيل من هذا التغيير الطارئ لأنه يحسن مركـــزه، ومـــن ثـــم لايجوز للدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الأجل الممنوح للمدين الأصلى.

(هــ) يشترط ألا يكون المدين معسراً :

يضيف الفقه هذا الشرط، ومفاده أن يكون فى رجوع الدائن على المدين فائدة، بأن توجد لديه أموال تكفى لسداد الدين، أو لسداد جزء منه، فـــإذا كان المدين ظاهر الاعسار لامال عنده للوفاء بالدين كله أو بعضه، لاتتوافر مصلحة للكفيل فى التمسك بالدفع بمطالبة المدين أولاً[١].

ويقع عبء إثبات أن المدين معسر أو غير قادر علـــى الوفـــاء بالدين، على عاتق الدائن[٢].

(و) يجب ألا يكون الكفيل قد تنازل عن التمسك بهذا الدفع، لأنه لايتعلق بالنظام العام[٣].

---

(١) د/ السنهورى: ص ١٠٣، وهامش ٢، د/ نبيل سعد : ص ٨٩.

(٢) د/ سمير كامل : ص ٢٧.

(٣) د/ نبيل سعد : ص ٨٨.

(ز) يجب أن يكون رفع الدعوى على الكفيل سابقاً على انقضاء التزامه بالتقادم المسقط (أى بخمسة عشر عاماً)[١].

ثانياً : كيفية وشروط رجوع الدائن على الكفلاء فى حالة تعددهم

وفقاً لنص المادة / ٧٩٢ من القانون المدنى فإنه : " ١- إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم، ولايجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فى الكفالة . ٢- أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم".

وهكذا يميز هذا النص بين فرضين كالتالى :

<u>الفرض الأول :</u> تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد وعدم التضامن بينهم: إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم كل بقدر نصيبه فقط وهو ما يعرف " بحق التقسيم "، ومن ثم لايجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه فقط فى الدين، وإلا كان من حق الكفيل الذى وجهت إليه المطالبة أن يدفع

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٨٦، مع ملاحظة ضرورة التمسك بهذا الدفع لعدم تعلقه بالنظام العام .

بتقسيم الدين[1]، بل تستطيع المحكمة أن تقضى بالتقسيم دون طلب، لأن التقسيم يتم بقوة القانون[2].

بيد أنه يشترط لإعمال حكم النص [الفقرة الأولى من المادة ٧٩٢] ما يلى :

١- يجب أن يتعدد الكفلاء : وهذا يعنى وجود أكثر من كفيل.

٢- يجب أن يكون الدين المكفول واحداً فإذا تعددت الديون كان كل كفيل مسئولاً عن الدين الذى كفله(٣).

٣- يجب أن يكون المدين واحداً، فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، فإنه لايجوز لكفيل أحدهم أن يطلب التقسيم، لأن كل منهم قد كفل مديناً غير المدين الذى كفله الآخر[3].

٤- يجب أن يكون تعدد الكفلاء ناشئاً عن عقد واحد، بين الدائن، والكفلاء[5].

---

(١) ويعد هذا تطبيقاً للقواعد العامة التى تقضى بتقسيم الدين على المدينين فى حالة تعددهم .

(٢) د/ السنهورى : ص ٩٣.

(٣) راجع المادة ١/٧٩٢ مدنى.

(٤) د/ نبيل سعد : ص ١٠٩.

(٥) وإلا لاينقسم الدين بينهم، إلا إذا احتفظ الكفيل بحق التقسيم فلا يسأل إلا عن النصيب الذى ارتضى كفالته، أما إذا لم يحتفظ أحدهم لنفسه بحق التقسيم فإن كل كفيل يصبح مسئولاً عن كل الدين، ولكنهم يسألون بالتضامم وليس بالتضامن، راجع د/ نبيل سعد : ص ١١٠.

٥- يجب ألا يكون هناك تضامن بين الكفلاء، وإلا ماجـــاز لأى منهـم طلب التقسيم.

الفرض الثانى : تعدد الكفلاء لدين واحد وبعقود متوالية دون التضامن بينهم :

فى هذا الفرض يتعدد الكفلاء، وتتعدد عقود الكفالة أيضاً، رغـم ورودها على نفس الدين، ففى هذه الحالة – والفرض عدم التضامن بين الكفلاء – يسأل كل كفيل عن كل الدين وليس عن حصته فقط، لأن كـل منهـم قد كفل كل الدين بعقد مستقل، إلا إذا كان كل كفيل قد احتفظ بحقه فى تقسيم الدين. وإذا قام أحد الكفلاء بسداد الدين ، جاز له الرجوع على باقى الكفلاء كل بقدر حصته فى الدين[1].

المطلب الثانـــى

"دفوع وحقوق الكفيل فى مواجهة الدائن"

إذا رجع الدائن على الكفيل، كان لهـذا الأخـير أن يدفـع فـى مواجهة الدائن بعدة دفوع كيما يتخلص من مطالبة الدائن، فإن لم تتوافر شروط التمسك بهذه الدفوع أو تم رفضها من جانب القضاء، كان للكفيل عدة دفوع أخرى فى مرحلة التنفيذ، فإذا ماتم التنفيذ على أموال الكفيـل، كان لهذا الأخير بعض الحقوق فى مواجهة الدائن.

ومن ثم ندرس الآتى :

---

(١) راجع المادة ٧٩٢ / ٢ مدنى .

أولاً : دفوع الكفيل فى مرحلة المطالبة .

ثانياً : دفوع الكفيل فى مرحلة التنفيذ .

ثالثاً : التزامات الدائن تجاه الكفيل عند استيفاء الدين.

أولاً : دفوع الكفيل فى مرحلة المطالبة

إذا رجع الدائن على الكفيل لمطالبته بالدين، كان من حق الكفيل أن يدفع فى مواجهة الدائن بعدة دفوع منحها القانون للكفيل، وأهم هذه الدفوع ما يلى :

(١) الدفع بوجوب رجوع الدائن على المدين أولاً .
(٢) الدفع بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين .
(٣) الدفوع المتعلقة بتأخر الدائن فى مطالبة المدين.
(٤) الدفوع الخاصة بالتزام الكفيل.
(٥) الدفع بعدم محافظة الدائن على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول .

ولما كنا قد تعرضنا للدفع الأول فيما سبق، نقصر الأمر هنا على باقى الدفوع وهى :

(١) الدفع بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين :

يحق للكفيل أن يتمسك فى مواجهة الدائن بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين، وفى هذا تقضى المادة / ٧٨٢ من القانون المدنى : "

١- تبرأ ذمة الكفيل بمجرد براءة المدين، وله أن يتمسك بجميع الأوجـــه التى يحتج بها المدين ".

من هذا يتضح أن الكفيل يحق له التمسك بكافة الدفوع التى يحق للمدين التمسك بها فى مواجهة الدائن، لأن التزام الكفيل التزام تابع لايقوم إلا لضمان الوفاء بالتزام المدين .

ومن ثم يحق للكفيل أن يتمسك ببطلان التزام المديـــن لانعــدام الرضاء أو المحل أو السبب، أو لمخالفته للنظام العام، أو لعـــدم توافــر الشكل الذى اشترطه المشرع فى العقد الذى أنشأ الالتزام[١].

كما يحق للكفيل التمسك بانقضـــاء الالـــتزام المكفـــول بالوفـــاء والمقاصة والتقادم أو الإبراء أو بأى سبب آخر[٢].

كذلك يجوز للكفيل التمسك بقابلية الالـــتزام الأصلـــى للإبطـــال لوجـــود عيب من عيوب الارادة شاب إرادة المدين كالغلط أو التدليس أو

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٩٠.

(٢) نفس الاشارة. وقد ورد بالمذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن : " الـــتزام الكفيل التزام تابع للالتزام الأصلى، وهو يبطل كلما بطل هذا الالـــتزام، كمـــا أنـــه ينقضى بمجرد إنقضائه". راجع : مجموعة الأعمال التحضيريـــة - جــــ٥ - ص ٥٦٨.

- ومن أمثلة الأسباب التى ينقضى بها التزام المدين، ويحق للكفيل التمسك بها : انقضاء التزام المدين بالتجديد أو الإنابة الكاملة، وبالمقاصة ، وباتحاد الذمـــة، وباستحالة التنفيذ لسبب أجنبى : راجع : د/ قدرى الشهاوى : ص ١٢٤.

الاكراه، حتى لو أجاز المدين العقد الأصلى(١).

ويجوز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته، إذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئاً آخر، حتى لو استحق هذا الشئ تحت يد الدائن(٢).

الاستثناء الخاص بعدم جواز التمسك بنقص أهلية المدين :

نصت الفقرة الثانية من المادة / ٧٨٢ على هذا الاستثناء قائلة :

" على أنه إذا كان الوجه الذى يحتج به المدين هو نقص أهليته، وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد، فليس له أن يحتج بهذا الوجه ".

وقد سبق لنا دراسة هذا الاستثناء فى محل الكفالة، ولذا نحيل إلى ماسبق منعاً للتكرار(٣).

فقط نشير إلى مسألتين :

الأولى : هل يكفى بأن يكون الكفيل عالماً بنقص أهلية المدين، لكى يحرم من التمسك بهذا الدفع ؟

ظاهر نص المادة / ٢/٧٨٢ يفيد ذلك ، إلا أن المادة /٧٧٧

---

(١) د/ قدرى الشهاوى : ص ١٢١ .
(٢) مادة / ٧٨٣ مدنى.
(٣) راجع ما سبق : ص ومابعدها.

تشترط فضلاً عن ذلك، أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص الأهلية، ومن هنا يبدو وجود تعارض بين النصين، فكيف نوفق بينهما ؟

يذهب رأى إلى أن الرجوع إلى حكمة تشريع نص المادة ٢/٧٨٢، وإلى أصله فى التقنين المدنى السابق، وإلى أعمال التحضيرية، يتضح أن المشرع يشترط أيضا أن تكون الكفالة حاصلة بسبب نقص أهلية المدين، أى بقصد تغطية هذا النقص، حتى يحرم الكفيل من التمسك بنقص أهلية المدين[1].

غير أننا نرى صعوبة فى التسليم بهذا الرأى، لأن الأعمال التحضيرية وحكمة التشريع لاترقى لمرتبة النص الصريح، فضلاً عن أن عدم ورود صياغة نص المادة ٢/٧٨٢ كما كانت فى المشروع التمهيدى، لايفيد بذاته أن المشرع يأخذ بهذا الشرط، بل على العكس قد يفهم من ذلك أن المشرع قد أراد العدول عنه، لأنه لو أراد الأخذ به لنص عليه صراحة.

ولكن الأمر على هذا النحو يثير مشكلات عملية، ينبغى على المشرع حلها، وذلك بالنص على شرط أن تكون الكفالة حاصلة بسبب

---

(١) ذهب إلى هذا الرأى أستاذنا الدكتور / سليمان مرقس : ص ٩٢، وهامش ١٥٠ بنفس الصفحة، ويؤيده : أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقى : فى التأمينات الشخصية والعينية - جـ١ - الطبعة الثانية - ١٩٥٤ - فقرة ٦٥ مكرر.

نقص أهلية المدين، إلى جانب شرط علم الكفيل بنقص أهلية المدين وقت التعاقد، وذلك فى نص المادة ٢/٧٨٢ من القانون المدنى، أو حذف هذا الشرط من نص المادة / ٧٧٧ حتى لايكون هناك تعارض بين النصين.

وحتى يتم هذا التدخل التشريعى الذى ننادى به، يمكن الجمع بين النصين والعمل بهما، وذلك لتعلقهما بموضوع واحد، ويمكن اعتبار نص المادة / ٧٧٧ الأصل فى تقرير شرط أن تكون الكفالة قد تمت بسبب نقص أهلية المدين، فهذا الشرط يعد قيداً يجب مراعاته عند تطبيق حكم المادة ٢/٧٨٢.

<u>والمسألة الثانية :</u> هل يجوز للكفيل التمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام المكفول، باسمه الخاص أم باسم المدين وعن طريق الدعوى غير المباشرة ؟ يجيب الفقه على ذلك، بأن الأمر يتعلق بحق خاص للكفيل، يجوز له من ثم التمسك به باسمه الخاص لأنه صاحب مصلحة، شخصية ومباشرة فى إبطال الالتزام المكفول أو تقرير انقضائه، إذ التزامه تابع للالتزام المكفول ويدور معه وجوداً وعدماً (١).

وبالتالى يجوز للكفيل التمسك بهذه الدفوع إذا لم يتمسك بها المدين، بل حتى لو نزل عن التمسك بها، مالم يتعلق الأمر بنقص أهلية المدين، ففى هذه الحالة لايجوز للكفيل أن يتمسك بهذا الدفع كما ذكرنا.

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٩٤.

(٢) الدفوع المتعلقة بتأخر الدائن فى مطالبة المدين :

يوجب القانون على الدائن المبادرة بمطالبة المدين متى حل أجل سداد الدين، وأعطى المشرع للكفيل الحق فى حث الدائن على مطالبة المدين نظراً لما للكفيل من مصلحة فى ذلك، حيث تبرأ ذمته إذا برئت ذمة المدين.

فاذا لم يقم الدائن بتنفيذ ما يوجبه عليه القانون من الالتزام بمطالبة المدين فى الوقت المناسب، كان للكفيل - إذا رجع عليه الدائن - أن يدفع فى مواجهة الدائن ببعض الدفوع.

وهذه الدفوع على نوعين :

الدفع الأول : الدفع بعدم قيام الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن :

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة / ٧٨٥ على القاعدة العامة وهى عدم براءة ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر فى اتخاذ الاجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها، نصت الفقرة الثانية على ما يلى : " على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من انذار الكفيل للدائن، مالم يقدم المدين للكفيل ضمانا كافياً "(١).

---

(١) ويلاحظ أن هذا الحكم لم يكن منصوصا عليه فى القانون المدنى السابق، وانما كان من حق الكفيل مطالبة المدين بالوفاء عند حلول الأجل حتى ولو منحه الدائن أجلا جديدا .

ويشترط لجواز تمسك الكفيل بهذا الدفع ما يلى :

أ – أن يكون أجل الدين الأصلى قد حل، فإذا كان الدين مؤجلاً لامحل للتمسك بهذا الدفع .

ب– تقاعس الدائن عن مطالبة المدين، وعدم اتخاذ الإجراءات ضده خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن[١].

ج– قيام الكفيل بانذار الدائن، للاسراع فى اتخاذ الاجراءات ضد المدين. ويجب أن يتم الانذار عند استحقاق الالتزام المكفول، أى عند حلول أجله الأصلى، حتى لو كان الدائن قد منح المدين أجلاً إضافياً ، لأن من حق الكفيل أن يتجاهل هذا الأجل[٢] لأنه يسوئ مركزه.

د– عدم قيام المدين بتقديم ضماناً كافياً للكفيل . وإذا قدم المدين هذا الضمان فلا يهم نوع هذا الضمان، فيمكن أن يكون تأميناً عينياً كرهن رسمى أو حيازى، كما يمكن أن يكون تأميناً شخصياً. وتقدير كفاية هذا الضمان أو عدم كفايته يستقل بتقديرها قاضى الموضوع، وله الاستعانة

---

(١) وإذا بدأ الدائن فى اتخاذ الاجراءات خلال الستة أشهر المحددة فى النص، فلا يجوز له أن يعمدوإلى إطالة الإجراءات أو يهمل فيها حتى تطول، وإلا كان مسئولا وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية، راجع : د/ منصور مصطفى منصور : المرجع السابق – ص ٧٩ ، ص ٨٠.

(٢) المستشار / أنور العمروسى : المرجع السابق – ص ١٢٠.

بالخبراء فى هذا الصدد.

هـ- هل يشترط أن يترتب على عدم قيام الدائن باتخاذ الاجراءات على النحو المذكور، ضرراً للكفيل ؟ فى رأينا لايشترط ذلـــك، لأن المشـــرع اعتبر تقاعس الدائن عن القيام بالاجراءات ضرراً فى ذاته.

إذا توافرت الشروط السابقة، وتمسك الكفيل بالدفع – وهو دفـــع موضوعى يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى حتى إقفال باب المرافعة فى الاستئناف[1] – ففى هذه الحالة تبرأ ذمة المدين من الديـــن كله.

الدفع الثانى : الدفع بعدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين

تنص المادة / ٧٨٦ من القانون المدنى على أنـــه : " إذا أفلـــس المدين وجب على الدائن أن يتقدم فى التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمـــال الدائن".

يجب على الدائن أن يتقدم بدينه فى تفليسة المدين، وإلا كان من حق الكفيل التمسك فى مواجهة الدائن ببراءة ذمته بقدر ما أصاب الكفيل من ضرر بسبب إهمال الدائن.

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ١٠١، وبمجرد ابداء هذا الدفع يسقط الحق فى التمسك بالدفوع الشكلية.

ويشترط لتمسك الكفيل بهذا الدفع الشروط التالية :

أ - أن يكون المدين تاجراً وتم شهر افلاسه : رغم أن النص لم يشترط صراحة أن يكون المدين تاجراً، إلا أن ذلك مفهوم بطبيعة الحال من الحديث عن الافلاس، وهو نظام خاص بالمدين التاجر، أما المدين العادى فيتم شهر إعساره إذا توقف عن سداد ديونه، وكانت حقوقه وأمواله لاتكفى لسداد هذه الديون. ويمد بعض الفقه حكم النص إلى حالة شهر الاعسار[1]. إلا أن مسلك المشرع المصرى منتقد فى رأينا، لأنه يقصر التمسك بالدفع الوارد بالنص على كفيل المدين التاجر، ويحرم منه كفيل المدين العادى دون مبرر، مع أن الحكمة من الدفع متوافرة فى الحالتين، ولهذا يجب تضمين نص المادة / ٧٨٦ حالة شهر الإعسار، مثلها فى ذلك مثل حالة الإفلاس[2].

ب - عدم تقدم الدائن بدينه فى تفليسة المدين، وسواء حل أجل الدين أو لم يحل.

ج- أن يكون هناك ضرر أصاب الكفيل بسبب إهمال الدائن : والضرر هنا قد يتمثل فى تفويت فرصة حصول الدائن على حقه كله أو بعضه من أموال التفليسة. ويقع على عاتق الكفيل إثبات هذا الضرر .

---

(١) مشار إليه لدى المستشار / أنور العمروسى : المرجع السابق - ص ١٢٢، هامش ١ - ص ١٢٣.

(٢) كأن يقال : " إذا أفلس المدين أو أشهر إعساره ..... الخ ".

ويترتب على توافر الشروط السابقة، وتمسك الكفيل بالدفع، براءة ذمة الكفيل بقدر ما فوته الدائن من فرصة الحصول على الدين من أموال التفليسة.

ويلاحظ أن هذا الدفع يختلف عن الدفع السابق من ناحيتين :

الأولى : أن ذمة المدين لاتبرأ كلياً فى الدفع الماثل، وانما جزئياً وبقدر ما كان فى استطاعة الدائن الحصول عليه من أموال التفليسة، فى حين تبرأ ذمة المدين كلياً إذا توافرت شروط التمسك بالدفع بعدم اتخاذ الدائن للاجراءات خلال ستة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له .

والثانية: يشترط لبراءة ذمة الكفيل جزئياً كنتيجة للدفع الماثل إصابة الدائن بضرر وقيامه باثبات هذا الضرر، فى حين لايشترط ذلك بالنسبة للدفع بعدم اتخاذ الاجراءات .

(٣) الدفوع الخاصة بالتزام الكفيل :

يمكن للكفيل أيضاً أن يتمسك بالدفوع الخاصة به والمستمدة من عقد الكفالة ذاته، كالدفع ببطلان عقد الكفالة ذاته أو الدفع بابطال عقد الكفالة ولو كان الالتزام الأصلى صحيحاً. ومن أمثلة ذلك أن يتمسك الكفيل ببطلان عقد الكفالة بطلانا مطلقا لعدم توافر ركن الرضاء من جانبه، أو لعدم مشروعية سبب الكفالة، أو التمسك بابطال العقد لوجود عيب شاب إرادة الكفيل كالغلط أو التدليس أو الاكراه.

كما يجوز للكفيل أن يتمسك بعدم تحقق الشرط الواقف الذى يعلق عليه الالتزام بالكفالة[١]، أو تحقق الشرط الفاسخ الذى تضمنه عقد الكفالة. كل ذلك ليتخلص الكفيل من التزامه وتبرأ ذمته تجاه الدائن.

(٤) الدفع بعدم محافظة الدائن على التأمينات الضامنة لوفاء الالتزام المكفول :

يلتزم الدائن بالمحافظة على التأمينات الخاصة الضامنة للدين المكفول، وباحلال الكفيل فيها عند وفائه الدين، فإذا أخل الدائن بهذا الالتزام كان من حق الكفيل أن يدفع فى مواجهته ببراءة ذمته بالقدر الذى أضاعه الدائن من التأمينات الإتفاقية أو القانونية .

وفى هذا تنص المادة / ٧٨٤ من القانون المدنى بأن : " ١- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢- ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون "[٢].

ويرى البعض أن هذا الالتزام الملقى على عاتق الدائن، لايجعل عقد الكفالة ملزماً للجانبين فى هذه الحالة، وانما يتعلق الأمر بشرط

---

(١) د/ سمير كامل : ص ٣١.

(٢) وكان القانون السابق يأخذ بهذا الحكم مع اختلاف فى الصياغة (راجع المادة / ٥١٠/٦٢٣ مدنى قديم .

وضعه القانون لرجوع الدائن على الكفيل[١]، وقد تعرضنا لهذه المسـألة عند دراسة خصائص عقد الكفالة .

ويشترط لثبوت الدفع باضاعة التأمينات ثلاثة شروط هى:

أ- وجود تأمينات خاصة تضمن الدين المكفول :

يجب أن يكون الدين المكفول مضموناً بتأمينات خاصة، سـواء أكانت تأمينات شخصية ككفالة أخرى، أو تأمينات عينية كرهن رسمى أو رهن حيازى. وسواء أكانت هذه التأمينات إتفاقيـة، أو قانونيـة كحـق إمتياز. كما لايشترط أن يكون التأمين الخاص مقرراً على مال مملـوك للمدين، بل يمكن أن يكون مقرراً على مال مملوك لغير المدين كـالكفيل العينـى[٢]. ولايلزم أن يكون التأمين الخاص مقرراً وقت نشأة الكفالـة، بل يكفى أن يكون قد تقرر قبل براءة ذمة الكفيل[٣].

ولايدخل فى مفهوم التأمينات الخاصة حق الضمان العام المقرر للدائن على جميع أموال مدينه، فلا يتوافر الدفع باضاعة التأمينات فـى حال إهمال الدائن فى المحافظة على الضمان العام، أو إهماله فى اتخـاذ إجراء تحفظى على بعض أموال مدينه[٤].

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ٩٩ .
(٢) د/ سليمان مرقس : ص ١٠٤.
(٣) نفس الاشـارة .
(٤) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠١، د/ سليمان مرقس : ص ١٠٤.

ب- إضاعة التأمينات الخاصة بسبب خطأ الدائن :

لايكفى وجود تأمينات خاصة للدائن تضمن الوفاء بالدين المكفول، وانما يجب أن يضيع الدائن هذه التأمينات أو بعضها بخطأ منه(١). ومن أمثلة ذلك أن يقوم الدائن بابراء كفيلاً آخر، أو مديناً متضامناً مع المدين(٢)، أو أن ينزل عن رهن أو يغير مرتبته لصالح دائن مرتهن آخر، أو ينزل عن حيازة مال محبوس(٣). وكل هذه أعمال إيجابية يقوم بها الدائن وتشكل خطأ يترتب عليه إضاعة التأمينات.

وقد يتمثل خطأ الدائن فى عمل سلبى، كعدم قيامه بقيد الرهن، أو عدم تجديد القيد، أو عدم المطالبة بحقه على المال محل الامتياز عند بيعه(٤).

أما إذا كان ضياع التأمينات الخاصة بسبب أجنبى عن الدائن كقوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المدين أو خطأ الكفيل نفسه، فلا يثبت للكفيل الدفع باضاعة التأمينات(٥).

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٢

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٢ ، ص ١٠٣.

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ١٦١.

(٤) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٣.

(٥) د/ سلميان مرقس : ص ١٠٦، د/ محمد حسين منصور : ص ١٦١.

ويفترض الشرط الماثل، أن التأمين الخاص قد وجـد أولاً، ثـم ضاع بخطأ الدائن، ولهذا لايتوافر الشرط - ومن ثـم الدفـع باضاعـة التأمينات - إذا لم يكن التأمين الخاص قد تقرر أصلاً، وانما كان بوسـع الدائن الحصول عليه، إلا أنه قصر فى ذلك[١].

ج- أن يترتب على خطأ الدائن ضياع تأمين خـاص يضمـن الوفـاء بالدين:

يعبر الفقه عن هذا الشرط بضرورة حصول ضرر للكفيل بسبب إضاعة التأمينات[٢]. ولما كان الدائن ملزماً بالمحافظة علـى التأمينـات الخاصة للدين، فإن إخلاله بهذا الالتزام يشكل خطأ يوجب مسـاءلته إذا ترتب على ذلك ضرر للدائن[٣].

ويعد الضرر متوافراً بمجرد ضياع التأمين الخاص، حتى لو كان المدين موسراً، أو كان الدين مكفول بتأمينات أخرى كافية للوفاء به، ذلك لأن مجرد ضياع التأمين الخاص من شأنـه أن ينقص ضمانات الديـن،

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ١٠٧.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ١٠٨

(٣) ويختلف الفقه حول نوع هذه المسئولية، فيذهب البعـض إلـى أنهـا مسـئولية تقصيرية، فى حين يرى البعض أن الأمر يتعلق بمسئولية عقديـة مصدرهـا عقـد الكفالة، انظر فى هذا : د/ محمد حسين منصور : ص ١٥٧.

ويزيد من فرص عدم تحصيله[١].

د- أن يتمسك الكفيل بالدفع بإضاعة التأمينات في مواجهة الدائن :

لاتقضى المحكمة بالدفع من تلقاء نفسها، بل لابد وأن يتمسك به الكفيل[٢]، والذى عليه أيضاً أن يثبت توافر شرط الدفع على نحو ما ذكرنا ، فيما عدا شرط الضرر حيث يكفى أن يثبت الكفيل ضياع التأمين الخاص بخطأ الدائن، فيفترض الضرر من إثبات هذه الواقعة. ويجوز للدائن نفى قرينة الضرر باثبات أن التأمين الذى ضاع لم يكن منتجاً[٣].

ويجوز التمسك بهذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف، فى حين لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض[٤]. ويرى البعض أنه يجوز للكفيل أن يرفع دعوى على الدائن لإثبات براءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات[٥].

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ١٠٩

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٦.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ١١٠

(٤) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٦.

(٥) د/ سليمان مرقس : ص ١١٠.

أثر توافر الشروط السابقــة :

إذا توافرت الشروط السابقة، جاز للكفيل أن يدفع فــى مواجهــة الدائن – أو يرفع دعوى مبتدأة ضده وفقاً لرأى البعض – ببراءة ذمتــه بقدر التأمينات التى أضاعها الدائن بخطئه – ويعد هذا نوع من التعويض للكفيل. ويجب على القاضى إذا توافرت الشروط أن يقضى بهذا لصــالح الكفيل، فلا يملك سلطة تقديرية فى هذا الشأن[١].

وثمة ملاحظة أخيرة هى أن الدفع باضاعة التأمينات يستفيد منه جميع الكفلاء، سواء أكان الكفيل متضامناً مع المدين أو غير متضامن[٢]، بل حتى لو كان كفيلاً عينياً[٣]. ولكن لايستفيد منه غير الكفيل، كــالمدين المتضامن مثلاً[٤].

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٧.

(٢) انظر المستشار أنور العمروسى : ص ١١٤، د/ محمود جمال الديــن زكــى : ص ١٠٧.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : بند ١٤٨.

(٤) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٠٧.

ثانياً : دفوع الكفيل في مرحلة التنفيذ

إذا استطاع الدائن أن يثبت عدم توافر الشروط الواجب توافرها في دفوع الكفيل في مرحلة المطالبة، أو إذا لم يدفع الكفيل أصلاً بأية دفوع في مواجهة الدائن، وكان أجل الدين قد حل، ولم يقم المدين بالسداد، ففي هذه الحالة لايكون أمام الكفيل سوى وفاء الدين، على أن يرجع بعد ذلك على المدين.

غير أن المشرع المصرى قد قرر بعض الدفوع للكفيل في مرحلة التنفيذ، حيث يملك الكفيل الدفعين التاليين :

الدفع الأول : الدفع بالتجريد .

الدفع الثانى : الدفع بوجوب البدء بالتنفيذ على التأمين العينى المخصص لضمان الدين .

الدفع الأول : الدفع بالتجريد :

أعطى القانون للكفيل الحق في الدفع بتجريد المدين من أمواله أولاً، قبل أن ينفذ على أموال الكفيل.

حيث تنص المادة / ٢/٧٨٨ من القانون المدنى على ما يلى: "ولايجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله،

ويجب على الكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق "[١].

والحكمة من تقرير هذا الدفع تتمثل فى أن التزام الكفيل التزام تابع لالتزام المدين، ولهذا وجب على الدائن عدم مطالبة الكفيل طالما أن هناك أموال لدى المدين تكفى لسداد الدين، كما أن هذا الدفع يوفر الكثير من الوقت والاجراءات، إذ ربما يتحاشى به الكفيل رجوع الدائن عليه، ثم رجوعه هو بالتالى على المدين[٢]. وهو بذلك يوفر النفقات[٣].

ولبيان ماهية هذا الدفع، نتحدث أولاً عن صاحب الحق فى التمسك به ثم نبين شروطه ، وأخيراً آثاره كالتالى :

(أ) فيمن له الحق فى التمسك بالدفع بالتجريد :

يثبت الدفع بالتجريد للكفيل، ولو كان قد تقاضى مقابلاً من

---

(١) وقد عرف القانون الرومانى الدفع بالتجريد فى عهد جستنيان ليخفف من صرامة قواعد القانون الرومانى الخاصة بالكفالة، والتى كانت تجيز للدائن أن يستوفى حقه من الكفيل بمجرد عدم وفاء الدين، وقد تأثر المشرع حينذاك بقواعد العدالة مادام المدين موسراً، ثم انتقل حق التجريد إلى القانون الفرنسى، راجع : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١١١.

(٢) د/ سمير كامل : ص ٣١.

(٣) د/ سليمان مرقس : ص ١١٢.

المدين[١]، ولكن لايجوز للكفيل المتضامن التمسك بـــه[٢]. ولمـا كـان المشرع يفترض دائماً التضامن بالنسبة للكفالة القضائية والقانونية[٣]، فإنه لايجوز للكفيل القضائى أو القانونى التمسك بالدفع بالتجريد[٤].

كما لايجوز للكفيل العينى التمسك بهذا الدفع[٥]، لأن الدفـــع قـــد تقرر للكفيل الشخصى، ولأن الكفالة العينية أقرب إلى التأمين العينى منها إلى الكفالة، والتأمين العينى مخصص لضمان الوفاء بالدين.

ومن ناحية أخرى لايجوز التمسك بالدفع بـــالتجريد إلا بالنســـبة للمدين فقط، فإذا تعدد المدينون، وكانوا متضامنين، فلا يجوز للكفيل الذى كفل أحدهم أن يطلب تجريد مدين آخر[٦].

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١١٣.

(٢) وقد نصت على ذلك صراحة المادة / ٧٩٣ من القانون المدنى .

(٣) مادة / ٧٩٥ مدنى.

(٤) والتضامن وفقاً للرأى الراجح فى الفقه يكون بين الكفلاء والمدين مـــن ناحيـــة، وبين الكفلاء فيما بينهم من ناحية أخرى، وقد سبقت الاشارة إلى ذلك، انظر : ص .

(٥) د/ سمير كامل : ص ٣٢ . وقد أورد المشرع تطبيقاً لذلك فى مجـــال الرهـــن الرسمى (انظر المادة / ١٠٥٠ من القانون المدنى).

(٦) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١١٣.

(ب) شروط التمسك بالدفع بالتجريد :

يشترط لكى يكون الدفع مقبولاً، وينتج أثره ، توافـــر الشـــروط التالية :

١- يجب أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد : وقـد نصت المادة / ٧٨٨ فى فقرتها الثانية على هذا الشرط. فلا يملك القاضى أن يقضى به مـن تلقاء نفسه. وإذا كان الكفيل قد تنازل عن التمسك بـالدفع صراحـة أو ضمناً فلا يجوز له أن يعود بعد ذلك ويتمسك به، ويكون التنازل الصريح عـادة عند إبرام الكفالة(١). ولكن ليس هناك ما يمنع وقوعه بعد ذلـك، أما التنازل الضمنى فيمكن أن يستخلص من كل واقعة تدل على رغبـة الكفيـل القاطعة والواضحة فى التنازل، كأن يترك الدائـن ينفـذ علـى أمواله دون اعتراض من جانب الكفيل(٢). ويعتبر النزول الضمنى عـن التمسك بالدفع من مسائل الواقع، ومـن ثـم يـترك تقديرهـا لقـاضى الموضـوع(٣). فإذا لم يكن الكفيل قد تنازل صراحـة أو ضمنـاً عـن التمسك بالدفع بالتجريد، كان عليه إن هو أراد الاستفادة منه أن يتمسك به صراحة وفقاً لنص المادة ٢/٧٨٨ مدنى.

---

(١) د/ سمير كامل : ص ٣٣، د/ نبيل سعد : ص ٩٣.

(٢) نفس الاشارة .

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ١٤٥.

ولكن ماهو الوقت الذى يجوز للكفيل التمسك فيه بالدفع ؟

تشترط المادة / ٢٠٢٢ من القانون المدنى الفرنسى أن يتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد عند اجراءات المطالبة الأولى، أى بمجرد رفع الدعوى عليه وقبل التكلم فى الموضوع وإلا سقط حقه فى التمسك به، ويعتبر عدم تمسكه بهذا الدفع عند الاجراءات الأولى من قبيل التنازل الضمنى.

غير أن المشرع المصرى لم يضع هذا القيد، وبالتالى لم يحدد وقت التمسك بالدفع بالتجريد، ولهذا اختلف الفقه وظهر رأيان : الأول : يقصر التمسك بالدفع على مرحلة التنفيذ دون مرحلة المطالبة، فيكون من حق الكفيل إبداء هذا الدفع عن طريق الاستشكال فى التنفيذ أو الاعتراض على قائمة شروط البيع إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على عقار[١].

إلا أن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء يذهب – وبحق – إلى منح الكفيل سلطة التمسك بالدفع سواء فى مرحلة المطالبة أو فى مرحلة التنفيذ، فللكفيل أن يدفع بالتجريد فى أى وقت منذ المطالبة وحتى التنفيذ، مالم يصدر منه قول أو فعل أو ترك يدل على تنازله عنه[٢].

---

(١) د/ السنهورى : ص ١١٨، د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١١٦، د/ سليمان مرقس : ص ٣٤.

(٢) من هذا الرأى : د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ١٤٩، د/ احمد سلامة : ص ٦٢، د/ سمير كامل : ص ٣٤، د/ نبيل سعد : ص ٩٥.

٢- ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين : وقد سبقت الاشارة إلى هـذا الشرط عند بحث من له حق التمسك بالدفع بالتجريد. فقط نذكر أنه يجوز لكفيل الكفيل المتضامن مع المدين التمسك بالدفع بالتجريد[١].

٣- أن يقوم الكفيل بارشاد الدائن إلى أموال للمدين تكفى للوفـاء بكـل الدين : وهذا الشرط نصت عليه المادة / ٧٨٩ مدنى. ويتحمـل الكفيـل النفقات اللازمة لإرشاد الدائن إلى هذه الأموال، كمصروفات اسـتخراج صور مستندات ملكية هذه الأموال.

ويشترط فى الأموال التى يرشد الكفيل الدائن عنها، عدة شروط هى :

أ – يجب أن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين : فالأموال غير المملوكة للمدين لايعتد بها ولو كانت فى حيازته، ولايعتد كذلـك بـأموال بـاقى المدينين المتضامنين مع المدين، ولا بأموال باقى الكفلاء[٢].

ب- أن توجد هذه الأموال فى مصر[٣] : وذلك لتلافى إرهاق الدائـن خلال مباشرة التنفيذ عليها ، ولكـن لايشترط أن توجد هذه الأموال فـى

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ١١٥.

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٤٩، ص ١٥٠.

(٣) مادة/ ٧٨٩/١ مدنى.

محافظة معينة أو مكان معين داخل مصر [١].

ج- أن تكون قابلة للحجز عليها : ذلك لأن الغاية من الارشاد إلى هذه الأموال التنفيذ عليها بهدف استيفاء الدين، فإذا كانت الأموال مما لايجوز الحجز عليها فلا يعتد بها، لأن من شروط المال محل التنفيذ الجبرى أن يكون المال مما يجوز الحجز عليه، فاذا امتنع الحجز امتنع التنفيذ بطبيعة الحال.

د- ألا تكون الأموال محل نزاع[٢] : ذلك لأن المال المتنازع عليه قد لايستقر فى ذمة المدين إذا قضى ضده، وفضلاً عن ذلك فإن الارشاد إلى هذه الأموال قد يرهق الدائن ويكلفه نفقات كبيرة، وقد يستغرق الفصل فى النزاع زمناً طويلاً [٣].

ووفقاً للرأى الراجح فى الفقه ، لايشترط لكون المال متنازعاً فيه أن يكون موضوعه قد رفعت به دعوى، أو قام فى شأنه نزاع جدى (مادة / ٢/٤٦٩ مدنى مصرى) ، وانما يكفى أن يكون التنفيذ عليه يستلزم إجراءات طويلة ومعقدة، ومن أمثلة ذلك أن يتعلق الأمر بحصة

---

(١) فلا يشترط القانون المصرى أن تكون الأموال واقعة فى دائرة محكمة الاستئناف التى يتبعها موطن المدين، كما هو الحال فى القانون الفرنسى (مادة / ٢٠٢٣ مدنى فرنسى).

(٢) مادة / ٢/٧٨٩ مدنى.

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ١٥١.

شائعة فى عقار [١].

هـ- وأخيراً يشترط أن تكون الأموال كافية للوفاء بحق الدائن : وهذا شرط تضمنه نص الفقرة الأولى من المادة / ٧٨٩ مدنى، فإذا كانت الأموال تكفى لسداد جزء من الدين، فلا يجوز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد، ويبرر الفقه ذلك بأنه لايجوز الزام الدائن على قبول الوفاء الجزئى، فإذا ألزمنا الدائن بالتنفيذ على أموال للمدين لاتكفى للوفاء بالدين، فهذا معناه الزام الدائن بقبول الوفاء الجزئى، وهو ما لايجوز وفقاً لنص المادة / ١/٣٤٢ من القانون المدنى[٢]، وفضلاً عن ذلك فإن إجازة الدفع فى حالة عدم كفاية أموال المدين للوفاء بالدين، سوف يترتب عليه تأخير الدائن بدون مبرر فى استيفاء حقه[٣]، ويذهب بعض الفقه إلى أن هذه المبررات ليست كافية، وغير مقنعة لحرمان الكفيل من التمسك بالدفع بالتجريد، لاسيما إذا أرشد الدائن إلى أموال تكفى لسداد جزء كبير من الدين [٤].

---

(١) د/ السنهورى : ص ١٢٢، د/ نبيل سعد : ص ٩٩، ويكفى كذلك أن يكون المال مثقلاً بحق رهن رسمى .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ١٥١، د/ السنهورى : ص ١٢٠.

(٣) د/ عبد الباقى : ص ١٥١، حيث سيضطر إلى الرجوع على المدين مرة، ثم يرجع على الكفيل مرة أخرى لاستيفاء ما تبقى له من دين.

(٤) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١١٦، د/ سمير تناغو : ص ٧٥، د/ نبيل سعد : ص ٩٧.

ولايسعنا سوى الانضمام لهذا الرأى الأخير، وذلك لعدة أسباب، أهمها أن القانون الفرنسى لايشترط هذا الشرط، فيجوز التمسك بالدفع ولو كانت الأموال تكفى للوفاء بجزء من الدين[١]، هذا إلى جانب أن فى هذا الحل تحقيق مصلحة الكفيل والدائن فى ذات الوقت، فللكفيل مصلحة فى الدفع لتخفيف قدر التزامه من ناحية، كما أن للدائن أيضاً مصلحة فى هذه الحالة، حيث يستطيع الحصول على جزء من دينه يكون كبيراً، ولايتبقى له سوى جزء يسير يستوفيه من الكفيل، إضافة إلى أن الدائن يكون هدفه فى النهاية استيفاء حقه سواء من المدين أو من الكفيل أو منهما معاً، وأيهما أفضل ؟ أن يحصل الدائن على حقه مجزءاً ؟ أم لايحصل على شئ إطلاقاً ؟

فقد يقوم المدين بتهريب أمواله التى كانت تكفى لوفاء جزء كبير من الدين، أو ينقل ملكيتها للغير إذ لم نجز للكفيل التمسك بالدفع بالتجريد فى هذا الفرض، وقد يتعرض الدائن أيضاً لمخاطر إعسار الكفيل ، ويضيع من يده فرصة كانت سانحة له لاستيفاء معظم الدين.

وأمام صراحة النص، فانه يشترط أن تكون الأموال كافية للوفاء بالدين، ونهيب بالمشرع المصرى أن يعدل عن هذا الشرط حرصاً على مصلحة الكفيل، ومصلحة الدائن فى نفس الوقت، وليزيل الاعتراض

---

(١) حيث لاتشترط المادة / ٢٠٢٣ مدنى فرنسى، سوى أن يكون للمدين أموال يسهل التنفيذ عليها .

على عدم جواز إجبار الدائن على قبول الوفاء الجزئـــى، حيــث يكــون الاجبار هنا بنص القانون وهو ما أجازته المادة ١/٣٤٢ مدنـــــى، التـــى قررت قاعدة عدم الاجبار على قبول الوفاء الجزئى .

(ج) آثار الدفع بالتجريــد :

يترتب على التمسك بالدفع بالتجريد من جانب الكفيل، ثلاثة آثار هى :

١ – وقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل وقفاً مؤقتاً والغاء كل أثر لما تم منها : غير أن ذلك لايحرم الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال الكفيل، كقيد رهن لصالح الكفيل[١].

٢ – الزام الدائن بالتنفيذ على الأموال التى أرشد عنها الكفيل : إذ يجب على الدائن أن يبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين، وإلا كان مسئولاً عن تقصيره فى القيام بهذه الاجراءات، لاســيما إذا ترتــب على ذلك إعسار المدين. ويجب على الدائن أن يبذل فـــى اتخــاذ هــذه الإجراءات عناية الشخص المعتاد، فلا يتقاعس حتى يقوم المدين بتبديـــد الأموال أو تهريبها[٢].

---

(١) حول هذا الأثر بالتفصيل راجع : د/ محمد حســين منصــور : ص ١٥١، ص ١٥٢.

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٥٣.

٣- مسئولية الدائن عن إعسار المدين، إذا تقاعس عن اتخاذ اجراءات التنفيذ فى الوقت المناسب : وذلك وفقاً للمادة / ٧٩٠ مدنـــى. فيتحمـــل الدائن مغبة تقصيره إذا تراخى فى اتخاذ إجراءات التنفيذ علـــى أمـــوال المدين التى أرشده عنها الكفيل، بحيث إذا أعسر المدين أو قام بتبديد هذه الأموال أو تهريبها أو نقل ملكيتها للغير، تحمل الدائن نتيجة ذلك، ولـــم يكن له الرجوع على الكفيل.

ويقع عبء إثبات تقصير الدائن علـــى الكفيـــل وفقـــاً للقواعـــد العامة[١].

وإذا قام الدائن باتخاذ الاجراءات فى الوقت المناسب، إلا أنه لـــم يحصل على حقه كاملاً لسبب أجنبى لايد له فيه كانخفاض قيمـــة تلـــك الأمـــوال، ففى هذه الحالة، يحق للدائن الجوع على الكفيل بما تبقى لـــه من دين، بشرط أن يثبت بالمستندات أنه قد قام بـــالتنفيذ علـــى جميـــع الأموال التى أرشد عنها الكفيل[٢].

<u>الدفع الثانى : الدفع بوجوب البـــدء بـــالتنفيذ علـــى التـــأمين العينـــى المخصص لضمان الدين :</u>

وفقاً لنص المادة /٧٩١ مدنى، فانه إذا كان هناك تأمين عينـــى

---

(١) د/ سمير كامل : ص ٣٦.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٢١ ، ص ١٢٢.

خصص قانوناً أو اتفاقاً لضمان الدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه ولم يكن الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على الأموال التى خصصت لهذا التأمين.

والحكمة من ذلك تتمثل فى أن الكفيل قد راعى عند قبوله الكفالة أن هناك تأمين عينى لضمان الدين، فاعتمد على وجود هذا التأمين حيث كانت الكفالة معاصرة له، أو نشأت بعده، ومن ثم يجب البدء بالتنفيذ على هذا التأمين أولاً [1].

وهذا الدفع يعد صورة خاصة للدفع بالتجريد السابق بيانه. ويشترط لتوافر هذا الدفع ما يلى :

١ – يجب أن يكون هناك تأمين عينى خصص لضمان الدين : فلا بد من وجود تأمين عينى، سواء أكان اتفاقياً كالرهن الرسمى، أو قانونياً كحق الامتياز، وسواء أكان وارداً على منقول أو عقار، أو أن تكون قيمته كافية للوفاء بالدين بأكمله أو غير كافية[2]. ويجب أن يكون هذا التأمين قد خصص لضمان الدين المكفول[3].

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ١٥٥.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ١٣٣.

(٣) سواء اقتصر على هذا الدين، أو كان يضمن معه ديون أخرى.

٢- يجب أن يكون هذا التأمين العينى قد تقرر على مال مملوك للمدين:

وهذا الشرط مطلوب رغم أنه غير منصوص عليه صراحة، وانما جاءت كلمة " خصص " مبنية للمجهول فتتسع للتأمين العينى الذى يقدمه المدين، والتأمين العينى المقدم من الغير، إلا أن الموضع الذى ورد فيه النص وكذا الأعمال التحضيرية والمبادئ العامة توجب قصر التأمين العينى على ذلك التأمين المملوك للمدين[١].

٣- يجب أن تكون الكفالة قد أبرمت بعد هذا التأمين أو كانت معاصرة له : وهذا ما نصت عليه المادة / ٧٩١، ويرجع ذلك إلى أن الكفيل يكون قد أقدم على الكفالة واضعاً فى اعتباره التأمين العينى المخصص لضمان الدين المكفول، حينما يكون هذا التأمين موجوداً قبل الكفالة، أو وجد معاصراً لها، فإذا وجد التأمين العينى بعد الكفالة، لايحق للكفيل التمسك بهذا الدفع.

٤- يجب ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين : وإلا لايحق له التمسك بالدفع، حيث أنه دفع بالتجريد يحرم منه الكفيل المتضامن مع المدين.

٥- يجب أن يتمسك الكفيل بهذا الدفع : وذلك لأن الدفع مقرر لمصلحة الكفيل ويجوز له النزول عنه صراحة أو ضمناً، وهو لايتعلق بالنظام

---

(١) انظر تفصيلا فى ذلك : د/ سليمان مرقس : ص ١٣٤ ، ص ١٣٥.

العام، لذا وجب أن يتمسك به الكفيل[1].

إذا توفرت هذه الشروط، انتج الدفع أثره، ووجب على الدائن اتخاذ الاجراءات على المال المخصص لوفاء الدين، وتوقف إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل، وإذا قام الدائن بالتنفيذ على المال محل التأمين العينى واستوفى حقه منه برئت ذمة الكفيل، أما إذا كانت حصيلة التنفيذ لاتكفى لسداد الدين، رجع الدائن على الكفيل بما تبقى له من الدين.

ثالثاً : التزامات الدائن عند استيفاء الدين من الكفيل

يقع على عاتق الدائن حينما ينفذ على أموال الكفيل ليستوفى دينه، التزامين قررهما القانون وهما :

(١) ولايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ويجوز التمسك به فى مرحلة التنفيذ، كما أن ليس هناك ما يمنع من التمسك به فى مرحلة المطالبة قياسا على الدفع بالتجريد، خاصة وأنه صورة خاصة منه.

(أ) التزام الدائن بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع :

نصت المادة ٧٨٧/١ على هذا الالتزام، وترجع أهميته فى أنه يزود الكفيل بسند الدين كيما يستطيع الرجوع على المدين لاسترداد ما دفعه للدائن.

فإذا امتنع الدائن عن تسليم الكفيل هذه المستندات، جاز للكفيل أن يمتنع عن الوفاء بالدين ولايعتبر مخلاً بالتزامه. ويستطيع الكفيل أن يودع مبلغ الدين خزينة المحكمة حتى تبرأ ذمته[١].

(ب) التزام الدائن بنقل التأمينات الضامنة للدين إلى الكفيل :

وفقاً لنص المادة / ٧٨٧ فانه إذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل[٢]، وإذا كان الدين مضموناً بتأمين عقارى، فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين، ويتحمل الكفيل مصروفات النقل على أن يرجع بها على المدين[٣].

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ١١١.

(٢) الفقرة الثانية.

(٣) الفقرة الثالثة

والحكمة فى ذلك أن الكفيل يحل محل الدائن فى الدين الذى وفاه له، وهذا الحلول يعطى للكفيل نفس حق الدائن بما فى ذلك الضمانات المخصصة له[١].

ويفرق النص بين التأمين الوارد على منقول ، والتأمين الوارد على عقار، ففى الحالة الأولى يجب على الدائن أن يتخلى عن حيازة المنقول للكفيل، وفى الحالة الثانية يجب على الدائن القيام بالاجراءات اللازمة لنقل هذا لتأمين كالتأشير بذلك على هامش قيد الرهن مع تسليم عقد الرهن. ويتحمل الكفيل المصروفات اللازمة لنقل المال محل التأمين إليه، على أن يرجع بهذه المصروفات على المدين.

وللكفيل أن يمتنع عن الوفاء بالدين حتى يجبر الدائن على القيام بالتزامه تجاهه.

وتفترض هذه الحالة الواردة بنص المادة / ٧٨٧، أن التأمين المخصص للوفاء بالدين قد نشأ بعد الكفالة، لأنه لو كان معاصراً للكفالة أو نشأ قبلها، لأمكن للكفيل التمسك بالدفع بالتنفيذ أولاً على هذا التأمين.

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ١١٢.

المبحث الثانى

" آثار الكفالة فى علاقة الكفيل بالمدين "

إذا قام الكفيل بالوفاء بالدين، كان له حق الرجوع على المدين بما وفاه، لذلك أوجب القانون على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين، إذ ربما يكون المدين قد أوفى بالدين، أو كانت لديه وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطلان الدين أو بانقضائه[١].

فاذا لم يعارض المدين فى الوفاء، جاز للكفيل الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين، أو كانت لديه أسباب تقضى ببطلانه أو بانقضائه[٢].

ويجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن واقعة الوفاء ذاتها كما يكون الرجوع عليه بدعوى الحلول [٣]، وإذا كان

---

(١) مادة ٧٩٨ / ١مدنى .

(٢) مادة ٧٩٨ / ٢مدنى .

(٣) يرى البعض جواز الرجوع على أساس دعوى الاثراء بلا سبب أيضا، غير أن الرجوع يتم عملا بإحدى الدعويين (دعوى الحلول أو الدعوى الشخصية)، راجع : د/ محمد حسين منصور : ص ١٦٩، ص ١٧٠.

الكفيل يضمن عدة مدينين متضامنين، أو يقتصر على كفالة أحدهم، ففى هذه الحالة يثور التساؤل حول كيفية رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين، كما نبحث مسألة رجوع الكفيل على غيره من الكفلاء.

المطلب الأول

" رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية "

تقضى المادة ٨٠٠ / ١ من القانون المدنى بأن : " للكفيل الذى وفى الدين أن يرجع على المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه". وبموجب ذلك يحق للكفيل الرجوع على المدين عن طريق الدعوى الشخصية، ويسميها البعض دعوى الكفالة[١].

ويقتى الأمر تحديد الأساس القانونى لهذه الدعوى، وشروحها، ومحل المطالبة فيها (موضوعها) وذلك فيما يلى :

أولاً : الأساس القانونى للدعوى

اختلف الفقهاء حول الأساس القانونى الذى تستند إليه الدعوى.

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧١ .

فذهب رأى إلى أنها تتأسس على فكرة الوكالة إذا أبرمت الكفالة بعلم المدين، حيث يعتبر الكفيل وكيلاً عن المدين فى الوفاء بالدين، أما إذا كانت الكفالة قد عقدت بغير علم المدين، فإن أساس الدعوى فكرة الفضالة، فيرجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة[١].

غير أن معظم الفقهاء يذهبون – وبحق – إلى أن أساس الدعوى الشخصية هو القانون نفسه، ويتم الرجوع بدعوى الكفالة وهى دعوى مستقلة عن دعوى الوكالة والفضالة[٢]. فلا هى دعوى وكالة حيث لاتطبق عليها أحكام الوكالة، ولاهى دعوى فضالة إذ لايتعلق الأمر بأمر عاجل قام به الفضولى لحساب رب العمل[٣]. ومن ثم فالدعوى الشخصية تجد أساسها فى القانون نفسه والذى يمنحها للكفيل باعتباره كفيلاً وليس كوكيل أو فضولى[٤].

ثانياً : شروط ممارسة الدعوى الشخصية :

يلزم لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أو " دعوى الكفالة " توافر أربعة شروط، نشير إليها بايجاز، وهى :

---

(١) من هذا الرأى على سبيل المثال : د/ السنهورى : ص ١٦٢.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ١٦٨ ومابعدها، د/ سليمان مرقس : ص ١٧٧، د/ سمير تناغو : ص ١١٣.

(٣) د/ سمير كامل : ص ٣٩، د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٢.

(٤) د/ سمير كامل : ص ٣٩.

١ – يجب أن تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته :

حيث يذهب الفقه الى أن هذه الدعوى تقتصر على الحالة التـــى تنعقد فيها الكفالة لمصلحة المدين، سواء تمت بعلمه أم بغير علمه، طالما لم تتم رغم معارضته(١). ويحق لأى كفيل التمسك بالدعوى الشخصية فى هذه الحالة. ويسرى ذلك أيضاً ولو كانت الكفالة قـــد عقـــدت لمصلحـــة المدين والدائن معاً (٢).

أما إذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائـــن وحـــده، ورغـــم معارضة المدين، ففى هذه الحالة لايمكن للكفيل الرجوع عـــــن طريـــق الدعوى الشخصية، وانما يجب عليه أن يسلك طريق دعوى الحلول(٣).

٢ – يجب أن يكون الكفيل قد قام بالوفاء للدائن :

لابد وأن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن بطريقة تـــؤدى إلـــى براءة ذمة المدين، أيا كانت طريقة هذا الوفاء، فقد يتم نقداً ، أو عيناً، أو

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٣، د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٢٩.
(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٣.
(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٥.
- وعكس ذلك يذهب الفقه الاسلامى إلى حرمان الكفيل من حق الرجـــوع نهائياً إذا كانت الكفالة قد تمت دون علم أو موافقة المدين (راجع المادة / ٨٦٢ من مرشد الحيران).

بالمقاصة مع حق للكفيل تجاه الدائن، أو باتخاذ الذمة بحيث يصبح الكفيل هو الدائن أيضاً[١].

ولايشترط أن يكون الكفيل قد وفى بكل الدين للدائن، وانما يمكن أن يكون الوفاء بجزء من الدين، وفى الحالتين يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بما وفاه للدائن، ويستطيع الدائن الرجوع على المدين فى نفس الوقت لاسترداد ما تبقى من الدين، وإذا كانت أموال المدين غير كافية لسداد الدين للكفيل وللدائن يمكن تقسيم هذه الأموال بينهما قسمة غرماء[٢].

٣- يجب أن يتم الوفاء بالدين عند حلول أجله :

إذا قام الكفيل بالوفاء قبل حلول أجل الدين، لايستطيع أن يرجع على المدين إلا عند حلول الأجل، وقد يفقد حقه فى الرجوع كلية إذا انقضى الدين لأى سبب فى الفترة بين الوفاء وحلول الأجل[٣].

والعبرة بالأجل الأصلى للدين، دون الأجل الاضافى الذى يتم بالاتفاق أو بحكم المحكمة (نظرة الميسرة)، حيث أن مثل هذا الأجل لايقيد الكفيل ، ويمكنه الوفاء بالدين بمجرد حلول الأجل الأصلى، ثم

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ١١٩.

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٥.

(٣) د/ قدرى الشهاوى: ص ١٧٤.

الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ولو قبل انتهاء الأجل الإضافى[١].

٤ – ألا يكون الوفاء قد تم بخطأ من الكفيل :

لكى يرجع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية يجب أن يكون الوفاء الذى قام به الكفيل يبرئ ذمة المدين، أما إذا كان الكفيل مخطئاً فى الوفاء فانه لاوجه لرجوع الكفيل على المدين بما وفاه[٢]. ومن أمثلة ذلك الوفاء بدين تبين بطلان مصدره، أو انقضائه كلياً أو جزئياً[٣].

ولهذا السبب أوجب القانون على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء، بعزمه على الوفاء بالدين، إذ ربما تكون لدى المدين أسباب تمنع الوفاء بحيث يصبح غير واجب[٤]، وعلى المدين أن يبدى اعتراضه – إن أراد – خلال مدة معقولة، وأن يكون اعتراضه مبنياً على أسباب جدية تبرره[٥]. ولايلزم فى الاخطار أى شكل خاص فيمكن أن يتم بورقة رسمية على يد محضر أو عرفية كخطاب مسجل أو غير مسجل ، بل

(١) د/ نبيل سعد: ص ١١٩.
(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٦.
(٣) نفس الإشارة .
(٤) راجع المادة / ٧٩٨ / ١ مدنى .
(٥) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٦.

يمكن أن يتم الاخطار شفاهة، ويقع على الكفيل عبء إثبات الاخطار[١]. وعلى المدين عبء اثبات الاعتراض .

وإذا ثبت أن الوفاء لايفيد المدين، فإن الكفيل لايستطيع الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية، أما إذا ثبت أن الوفاء قد أفاد المدين جزئياً، لأنه أوفى بجزء من الدين، كان للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية لاسترداد ما وفاه للدائن فى نطاق الجزء الذى استفاد المدين من وفائه[٢].

وإذا قام الكفيل باخطار المدين، واعترض المدين على الوفاء مبدياً الأسباب التى تبرر الامتناع عن الوفاء، كان على الكفيل أن يمتنع عن الوفاء، فاذا اتخذ الدائن إجراءات المطالبة القضائية ضده، يجب عليه أن يدخل المدين فى الدعوى ليبدى دفوعه فيها[٣].

وإذا لم يرد المدين على الاخطار ، أو تراخى فى الرد لمدة طويلة، فانه يحق للكفيل وفاء الدين للدائن، ولايعد مخطئاً فى هذه الحالة، وبالتالى يجوز له الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لاسترداد ما دفعه ، حتى لو تبين بعد ذلك أنه كانت لدى المدين أسباب توجب عدم

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ١٢٠.

(٢) د/ سليمان مرقس : ص ١٧٩.

(٣) د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٧.

الوفاء، إذ يتحمل المدين هنا مغبة تقصيره[١].

ثالثاً : محل المطالبة فى الدعوى الشخصية (موضوعها)

بينت المادة / ٨٠٠ فى فقرتيها الثانية والثالثة، محل الدعوى الشخصية، حيث يتضح من هذا النص أنه يجوز للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لاسترداد ما يلى :

١ – **أصل الدين :** أى كل ما دفعه الكفيل لابراء ذمة المدين .

٢ – **الفوائد : وذلك من يوم دفعها،** ويعد هذا خروجاً على القواعد العامة التى تقضى بعدم سريان الفوائد إلا من وقت المطالبة القضائية.

٣ – **المصروفات التى دفعها الكفيل من وقت اخطار المدين الأصلى بالإجراءات التى اتخذت ضده.** وتشمل المصروفات المبالغ التى أنفقها الدائن فى رجوعه على المدين كمصروفات رفع الدعوى، والتى قام الكفيل بدفعها له، وكذلك المصروفات التى ينفقها الكفيل فى سبيل الوفاء بالتزامه كمصروفات الارشاد عن أموال المدين والتى يدفع الكفيل بتجريدها، وأيضاً المصروفات التى انفقها الدائن فى رجوعه على الكفيل لاستيفاء الدين منه[٢].

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ١٢١.

(٢) د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٣٢ ، ص ١٣٣.

وفى كل الأحوال يلتزم المدين بمصروفات المطالبة الأولى التى يوجهها الدائن للكفيل حيث أن الكفيل لم يكن يتسنى له العلم بها ومن ثم لم يكن فى استطاعته اخطار المدين[١].

ويرى الفقه - إضافة إلى ما سبق - أنه يجوز للكفيل أن يطالب الدائن بتعويض إضافى عن الضرر الذى يلحقه نتيجة الكفالة، كما لو كان قد اضطر إلى بيع أمواله بثمن بخس بعد التنفيذ عليها جبراً، أو ترتب على التنفيذ ضده شهر افلاسه، غير أن الفقه يختلف حول إشتراط خطأ المدين أو عدم اشتراطه، والرأى الغالب يشترط خطأ المدين[٢].

المطلب الثانى

رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول

وفقا لنص المادة ٧٩٩ من القانون المدنى يجوز للكفيل أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين، وذلك فى حالة قيام الكفيل بالوفاء بالدين. ومن وجهة نظر الفقه أن هذا النص مجرد تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى المادة / ٣٢٦/ أ من القانون المدنى والمتعلقة بالوفاء مع الحلول، والتى تجيز لمن قام بالوفاء عن المدين، أن يحل محل الدائن الذى استوفى حقه فى أحوال معينة.

---

(١) نفس الاشارة .

(٢) انظر فى ذلك تفصيلا : د/ محمد حسين منصور : ص ١٧٩.

وتجدر الاشارة إلى أن القانون الفرنسى يجيز للكفيل إذا أصابه ضرر من الكفالة أن يطالب بالتعويض (مادة / ٢٠٢٨ مدنى فرنسى).

ومن ثمّ يستطيع الكفيل أن يرجع على الدائن بدعـــوى الحلـــول، حيث يحل الكفيل محل الدائن الذى استوفى حقه.

وسنوضح بايجاز شروط دعوى الحلول :

يشترط لممارسة دعوى الحلول ما يلى :

١ – **قيام الكفيل بوفاء الدين عن المدين** : يجب للرجوع عـــن طريـــق دعوى الحلول أن يكون الكفيل قد وفى الدين، وسواء كانت الكفالـــة قـــد تمت بعلم المدين أو بدون علمه أو حتى رغم معارضته [١]، وفـــى هـــذا تختلف دعوى الحلول عن الدعوى الشخصية والتى يجب فيها ألا تكـــون الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين.

وتثبت هذه الدعوى لكل كفيل سواء كـــان متضامنـــاً أو غـــير متضامن، شخصياً أو عينياً، متبرعاً أو غير متبرع (مأجوراً)[٢].

٢ – **يجب أن يكون الوفاء قد تم عند حلول الأجل** : فلا يستطيع الكفيـــل الرجوع عن طريق دعوى الحلول إلا عند الأجل الأصلى للدين.

٣ – **يجب أن يكون الوفاء بكامل الدين** : أما إذا كان الوفاء بجزء مـــن الدين فلا يجوز للكفيل الرجوع على المدين إلا بعد أن يســـتوفى الدائـــن كـــل حقه من المدين[٣] . وهذا بعكس الدعوى الشخصية حيث يتســـاوى

---

(١) د/ محمد حسين منصور : ص ١٨٠.

(٢) د/ نبيل سعد : ص ١٢٥ : ص ١٢٦.

(٣) مادة / ٤٩٩ مدنى. ويرى البعض جواز الاتفاق بين الدائن والكفيل على خلاف ذلك، راجع أستاذنا الدكتور / سمير كامل : ص ٤٧.

الكفيل مع الدائن فى استيفاء الجزء الذى وفاه من أموال المدين ولايتقدم أحدهما على الأخر. ولايشترط إخطار المدين كما فى الدعوى الشخصية.

ثانياً : محل الدعوى (موضوعها)

يحل الكفيل محل الدائن فى كل حقوقه قبل المدين، وينصب الحلول بالتالى على الحق بكل خصائصه وصفاته وماله من ضمانات وما يلحقه من دفوع، فيستوفى الكفيل من المدين القدر الذى أداه للدائن (أصل الدين وملحقاته إذا كان الكفيل قد دفعها للدائن)، وينتقل الحق إلى الكفيل بنفس صفاته وضماناته وما يتصل به من دفوع[١].

باختصار ، يكون للكفيل نفس ماكان للدائن من حقوق ، وبنفس الأوصاف والضمانات والدفوع .

المطلب الثالث

رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين

إذا كان الكفيل يكفل ديناً واحداً لعدة مدينين متضامنين، ففى هذه الحالة نفرق بين أمرين : أن تكون الكفالة لجميع المدينين، أو أن تكون

---

(١) راجع فى تفصيلات ذلك : د/ سمير كامل : ص ٤٥ ومابعدها، د/ محمد حسين منصور : ص ١٨١ ومابعدها.

لبعضهم فقط، كالتالى:

أولاً : الكفالة المعقودة لجميع المدينين المتضامنين :

يجوز للكفيل أن يرجع على أى مدين بكل ماوفاه للدائن(١)، لأنه كفل كل منهم فى جميع الدين كما لو كان منفرداً، ويكون رجوعه بدعوى الكفالة (الشخصية) أو بدعوى الحلول أو بدعوى الاثراء بلا سبب(٢).

ثانياً : الكفالة المعقودة لبعض المدينين المتضامنين :

فى هذه الحالة يكون للكفيل أن يرجع على أى مدين ممن كفلهم بكل ماوفاه للدائن، لأن كل مدين متضامن يلتزم بكل الدين وليس بقدر حصته فقط، ويتم الرجوع بدعوى الكفالة أو دعوى الحلول(٣).

ولكن هل يجوز للكفيل أن يرجع على من لم يكفله من المدينين المتضامنين ؟ وإذا كانت الاجابة بالايجاب، فما هو مدى هذا الرجوع ؟

يتفق الفقه على أنه يجوز للكفيل الرجوع على أى مدين من المدينين المتضامنين سواء كان الكفيل يكفله أو لم يكن وذلك عن طريق دعوى الحلول، أو دعوى الاثراء بلا سبب، أو الدعوى غير المباشرة فى

---

(١) وقد نصت على ذلك المادة / ٨٠١ مدنى .

(٢) د/ محمد حسين منصور : ص ١٨٦.

(٣) د/ سمير كامل : ص ٤٨.

رأى البعض[١].

وبالنسبة للقدر الذى يجوز للكفيل الرجوع به على المدين المتضامن الذى لاتشمله الكفالة، يذهب رأى فى الفقه إلى أن الكفيل لايستطيع أن يرجع على هذا المدين إلا بقدر حصته فى الدين فقط[٢].

غير أن الرأى الراجح يجيز للكفيل الرجوع على هذا المدين بكل الدين، وهذا مانؤيده[٣].

المطلب الرابع

رجوع الكفيل على الكفلاء الآخرين

يختلف حكم الرجوع بحسب ما إذا كان هناك تضامن بين الكفلاء أو لم يكن هناك تضامن بينهم، وذلك كما يلى :

أولاً : تعدد الكفلاء مع عدم تضامنهم

هنا لايجوز للكفيل الذى وفى الدين أن يطالب كل منهم إلا بقدر

---

(١) د/ نبيل سعد: ص ١٣٣، د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٣٨.

(٢) انظر فى ذكر هذا الرأى : د/ محمود جمال الدين زكى : ص ١٣٩.

(٣) من هذا الرأى : د/ عبد الفتاح عبد الباقى : ص ١٨٥، د/ سمير كامل : ص ٤٩، د/ السنهورى : ص ١٩٨.

حصته فى الدين المكفول. أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، كان كل منهم مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم[١].

ثانياً : تعدد الكفلاء وتضامنهم

إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم، ووفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أن يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين، وبنصيبه فى حصة المعسر منهم[٢].

ويكون للكفيل الذى وفى الدين، سواء فى الفرض الأول أو الثانى أن يرجع على غيره من الكفلاء إما بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول.

ويشترط لرجوع الكفيل على غيره من الكفلاء ما يلى :

١ – **أن يكون الكفيل قد وفى الدين للدائن**، وسواء بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة بين دين للكفيل فى ذمة الدائن وبين الدين المكفول.

ويشترط وفقاً للراجح فى الفقه أن يكون الكفيل قد وفى كل الدين، أو أن يكون الوفاء بأكثر من حصته، حتى يتسنى له الرجوع على كل

---

(١) مادة / ٧٩٢ مدنى.

(٢) مادة / ٧٩٦ مدنى .

من الكفلاء بقدر نصيبه فى القدر الزائد على حصته[١].

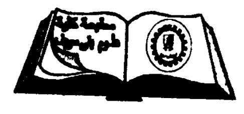
٢ - **أن يكون الوفاء للدائن مبرئاً لذمة الكفلاء الآخرين** : فإذا كان باطلاً لأى سبب ، فلا يحق للكفيل الرجوع على باقى الكفلاء، كما لايحق له الرجوع على أحد الكفلاء إذا كان الدائن قد أبراه من الدين[٢]. كما لايجوز للكفيل الرجوع على باقى الكفلاء إذا كان قد أوفى الدين قبل حلول أجله[٣].

تم بحمد الله وبعونه.

---

(١) د/ السنهورى : ص ٢٠٥، د/ سمير كامل : ص ٥١.
(٢) د/ سمير كامل : ص ٥١.
(٣) د/ سمير كامل ص ٥٢.

فهرســــــــت



مطبعة كلية علوم بنى سويف